

EFFETS  
DE LA  
CONDITION IMPOSSIBLE, ILLICITE  
ET CONTRAIRE AUX MŒURS  
DANS LES ACTES GRATUITS

---

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Présentée et soutenue le Lundi 14 Juin 1910, à 1 h. 1/2*

PAR

Alexandre OTETELESANU

---

*Président* : M. WAHL, *professeur*  
*Suffragants* } MM. PIEDELIÈVRE, *professeur*  
CAPITANT, *professeur*

---

PARIS

JOUVE & C<sup>ie</sup>, EDITEURS  
15, rue Racine, 15

---

1910



THÈSE  
POUR  
LE DOCTORAT

***La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.***

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

---

# EFFETS

DE LA

# CONDITION IMPOSSIBLE, ILLICITE ET CONTRAIRE AUX MŒURS DANS LES ACTES GRATUITS

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*Présentée et soutenue le Lundi 14 Juin 1910, à 1 h. 1/2*

PAR

Alexandre OTETELESANU

---

*Président : M. WAHL, professeur*

*Suffragants* { *MM. PIEDELIÈVRE, professeur*  
*CAPITANT, professeur*

---

PARIS

JOUVE & C<sup>ie</sup>, EDITEURS

15, rue Racine, 15

---

1910





Digitized by the Internet Archive  
in 2026

A MA MÈRE



**A MONSIEUR**

**ANGHEL HAGI PANTELI**



# EFFETS

DE LA

## Condition Impossible, Illicite

ET CONTRAIRE AUX MŒURS

DANS LES ACTES GRATUITS

---

### INTRODUCTION

---

CRITÉRIUM DE JUGER UNE QUESTION DE DROIT

---

### MÉTHODES D'INTERPRÉTATION

Lorsqu'on se propose d'examiner une question de droit, l'étude n'en va pas sans une certaine difficulté à manier les importants matériaux mis à notre disposition. De deux choses l'une, ou bien la législation actuelle donne une solution à un problème de droit, ou bien les besoins sociaux posent un problème qui demande une solution législative. Dans le premier cas, celui de l'existence d'un texte, l'étude est d'habitude plus facile. Si la solution fournie par le texte est bonne, c'est-à-

dire si elle est conforme aux principes du droit ou aux besoins sociaux et si la rédaction du texte est claire, le rôle de l'interpréteur est minime. Il reste peu de place aux controverses doctrinales ou jurisprudentielles. Au contraire, dans tous les autres cas, c'est-à-dire au cas d'existence soit d'un texte obscur, soit d'un texte non conforme aux principes du droit et aux besoins sociaux, ou encore au cas où toute disposition législative fait défaut, la question devient plus compliquée. La doctrine et la jurisprudence sont plus abondantes, une lutte s'engage entre les différentes opinions et la victoire appartient à ceux qui réussissent à poser une solution, telle qu'elle satisfasse à la fois aux trois principes essentiels de tout fait social et par conséquent de tout fait de droit, les principes moteurs de tout progrès vrai, l'utilité, l'équité et la morale. Quand la solution répond à ces trois mobiles, elle est parfaite, malheureusement il est fort rare qu'on parvienne à cette solution parfaite et on ne satisfait souvent qu'à un seul des principes énoncés. Par suite, si on veut établir une échelle, ce serait d'abord l'utile qui devrait triompher et ensuite à peine l'équité et la morale. Nous ne chercherons pas à définir les trois mobiles sus-visés, car nous visons un autre but dans cette introduction, mais nous donnerons un exemple pour établir la vérité de notre affirmation, d'après laquelle les solutions juridiques ne satisfont pas simultanément aux trois principes d'utilité, d'équité et de morale et nous prendrons précisément un exemple qui accuse mieux que tout autre la diffé-

rence entre les trois mobiles. Nous pensons à la loi de 1898 sur les accidents du travail. Le but essentiel de cette loi est de rendre le patron responsable du fait des ouvriers en cas d'accidents de travail.

En réalité, le patron n'est pas en faute, il n'est pas coupable, il ne devrait pas être responsable. En absence de cause, car la faute n'existe pas, il ne devrait pas y avoir d'effet. Mais une solution de ce genre ne pouvait pas contenter les besoins sociaux actuels, et alors on a donné une solution qui contredit la raison, mais qui est imposée par l'utilité pratique. L'utilité, le premier mobile qui intervienne d'habitude dans la confection des lois, demande pour la réussite des grandes entreprises, que soit assuré le sort de ceux qui contribuent en grande partie à leur succès. Mais la loi de 1898 n'est pas seulement une loi issue du principe d'utilité, elle est aussi une loi morale, le troisième mobile est intervenu dans sa confection. En vérité, le principe de la solidarité et le sentiment philanthropique, fruits des idées tout à fait modernes et en même temps morales, imprègnent cette loi, elle est une loi morale. Car de quoi s'agit-il dans cette loi, sinon d'un principe de la plus haute morale que le plus riche, le plus fort, le patron, aide le pauvre et le faible, l'ouvrier. Mais si elle est conforme à l'utile et au moral, elle ne l'est plus à l'équité. La morale est absolue, elle ne demande pas un échange d'obligation et la loi de 1898 charge d'obligations le patron et n'en met aucune à la charge des ouvriers, donc elle est conforme à la morale.

Mais cela ne suffit pas pour que le principe d'équité soit obéi, l'équité demande que l'équilibre social final ne soit jamais fondé sur un déséquilibre actuel, l'équité n'admet pas comme la morale, une inégalité d'obligation de toutes les parties qui interviennent dans un acte déterminé. La loi de 1898 n'obligeant que le patron, n'est pas conforme à l'équité. Nous n'insistons pas davantage et si nous avons pris cet exemple, c'était pour montrer rapidement et concrètement le jeu de ces trois mobiles dans la confection des lois. Les solutions du droit balancent entre ces trois principes capitaux, le rôle de l'homme de science est de comprendre lequel d'entre eux a donné naissance à une disposition, quel est le fondement de la loi actuelle et sur quel autre on pourrait échafauder une loi nouvelle. Si c'est seulement l'utilité, c'est-à-dire la réponse aux besoins d'une époque quelconque, la solution a une valeur trop relative, parce que les besoins changent, et alors l'homme de science doit acheminer la solution vers un but plus stable, en la fondant sur l'équité et sur la morale. L'œuvre de la doctrine et de la jurisprudence consiste à donner la vie au droit par l'accommodement continu des solutions anciennes aux besoins nouveaux, soit sociaux, soit moraux, soit d'équité. Revenons maintenant à notre point de départ, comment devrions-nous nous comporter devant l'accumulation de matériaux de travail que nous offre l'étude d'importe quelle question de droit ? En déterminant le but de l'homme de science en droit, nous avons répondu à cette question. Il faut laisser de côté toute controverse stérile

n'ayant pour objet que de faire étalage d'érudition sèche, mais on doit se proposer d'expliquer la solution, de critiquer son fondement s'il n'est pas solide, d'en fournir une autre meilleure. Voilà le but, quels en sont les moyens. C'est à ceci que nous avons hâte d'en venir.

En droit, comme dans les sciences positives, le but qu'on se propose de réaliser doit être obtenu par les méthodes qu'on emploie. Quel intérêt attribuer à toute méthode de droit, il importe de le préciser avant d'entrer dans le vif de notre sujet. Cette question présente un intérêt éminemment subjectif. Nous pensons même que la grande partie des controverses naissent et se prolongent précisément parce que les auteurs étudient le problème, chacun à un point de vue différent, et avec d'autres méthodes que ses voisins. Comme nous trouvons dangereux en droit ainsi que partout ailleurs de changer de méthodes, nous nous proposons en quelques pages de montrer l'importance qu'on doit donner aux différentes méthodes. Nous avons la conviction d'assurer ainsi le vrai critérium de jugement. Mentionnons d'abord une méthode d'interprétation très connue et recommandée dans une certaine mesure, la méthode de *l'esprit du législateur*. Par l'esprit du législateur, nous entendrons l'esprit de la société entière où la loi a pris naissance, esprit qui s'était cristallisé dans l'intelligence du législateur, qui lui a donné sa forme concrète. Nous n'apportons à cette méthode qu'une seule restriction, c'est la condition que cet esprit existe encore au moment où la loi recevra son applica-

tion, car nous trouvons dangereux autrement de méconnaître les besoins sociaux nouveaux en en faisant survivre d'autres qui n'existent plus. On nous opposera à ce point de vue une assez grave objection. On dira qu'on n'a pas le droit de fausser cet esprit, que si on veut changer il faut d'abord faire œuvre législative. C'est très juste, mais une loi ne se fait pas tout simplement quand on le veut et le passage d'une disposition à une autre coûte un certain temps, le temps d'épreuve, le temps d'arriver à la conviction de la nouvelle solution. A travers ce temps l'esprit du législateur commence à être méconnu, doit être méconnu pour que l'évolution de la question juridique se fasse. Dans la pratique du droit on tient trop compte de l'esprit qui a fait naître une loi et très rarement on s'en éloigne, et pourtant c'est alors seulement que le progrès se réalise. Comment pourrait-on nous éloigner de l'esprit du législateur. Quels en sont les moyens ? Ici interviennent deux nouvelles méthodes d'interprétation : la jurisprudence et la doctrine. La jurisprudence à notre avis, a deux rôles à remplir, elle doit d'abord préciser le sens des dispositions législatives et ensuite d'acheminer la solution, s'il en est besoin, vers une autre meilleure. La première fonction que nous reconnaissons à la jurisprudence n'est contestée par personne, tout homme de droit estime que le juge doit préciser le sens de la loi, le second rôle au contraire est très contestable. Une fois le sens de la loi précisé, la jurisprudence doit s'arrêter, disent les plus nombreux auteurs, mais nous allons un peu plus loin avec

des auteurs moins nombreux pour déclarer qu'elle n'a pas encore fini sa tâche et qu'elle doit accommoder les dispositions législatives aux nouveaux besoins. Son rôle principal est même son rôle créateur. La première œuvre de la jurisprudence est en vérité de préciser la loi, mais la question se pose alors de savoir si la loi ainsi interprétée est bonne ou non. Si elle est bonne on n'a plus rien à faire, si elle ne l'est plus on doit la refaire. Mais nous disions tout à l'heure qu'on ne peut pas changer d'un seul coup la loi, il faut voir si la pratique impose une nouvelle solution, et comme à notre avis la jurisprudence est le miroir de la vie pratique, elle doit refléter toutes les nuances des nécessités pratiques. La jurisprudence apprécie en tâtonnant les nouveaux besoins. S'ils ont varié elle doit s'éloigner de l'ancienne solution. Elle étend l'application des lois, elle doit s'écarter même du principe original et elle doit tendre à l'application d'une solution conforme aux idées nouvelles. La jurisprudence constitue une sorte de pont pour passer de ce que la loi est à ce qu'elle sera, tant que ce pont est solide l'ancienne loi peut encore s'appliquer, mais lorsque le pont commence à s'ébranler, on s'éloigne des anciennes solutions et on en forge un autre conforme aux nouvelles tendances, une fois le pont détruit l'ancienne loi devient ridicule et la nouvelle s'impose incontestablement. Ainsi est rempli le second rôle de la jurisprudence. Les lois qui naissent de ce procédé de la jurisprudence sont les plus parfaites, car elles sont tou-

jours une réponse aux besoins de la société, et non pas la création théorique d'un seul esprit, soit-il le plus parfait. Pour mieux établir ce que nous avançons, entrons dans le domaine du concret et choisissons un exemple. Prenons de nouveau la loi de 1898. Cette fois-ci attachons-nous, non pas à ce qu'elle dit, mais à la façon dont elle est arrivée à le dire. Cette loi est tout simplement l'œuvre de la jurisprudence.

Le Code Napoléon parle de la responsabilité du fait d'autrui, mais il ne rend jamais responsable quelqu'un sans que ce quelqu'un soit en faute. La loi de 1898 établit une responsabilité là où il n'y a pas de faute, donc un effet sans cause. Mais pour arriver là, c'est-à-dire pour créer une situation tout à fait différente de celle du Code Napoléon, la jurisprudence a beaucoup fait et c'est lorsqu'il est devenu impossible de maintenir la loi en face d'une jurisprudence qui n'obéissait plus aux principes de la loi qu'on a fait une nouvelle loi. Voilà le grand rôle que nous attribuons à la jurisprudence ; nous tiendrons beaucoup compte de cette méthode dans le corps de notre étude car elle nous ouvrira la vraie voie dans laquelle nous devons nous engager. Comment la jurisprudence arrive-t-elle à refaire la loi ? Voilà une nouvelle question importante avec laquelle nous abordons la troisième méthode, la méthode doctrinale. La doctrine fournit des aliments à la jurisprudence. Directement la doctrine n'a pas de sanction, indirectement elle en a beaucoup, car elle prépare les solutions pratiques, qui reçoivent une extériorisation et

une valeur grâce à la jurisprudence. La doctrine en dehors de tout trouble de la vie peut mieux donner les solutions qui correspondent et à l'utile, et à l'équité, et à la morale ; elle est plus audacieuse en s'affranchissant vite des traditions lourdes et mauvaises. Ça ne veut pas dire que la jurisprudence n'aide pas la doctrine, non, elles s'entraident, mais la doctrine a plus de liberté pour donner de nouvelles solutions et pour expliquer les anciennes. La doctrine peut employer tout les moyens possibles pour juger les problèmes juridiques et parmi ces moyens il y en a deux, qui constituent deux autres méthodes, les dernières dont nous nous occuperons : la méthode historique très connue et très recommandée et la méthode du droit comparé, moins connue que l'autre, mais qui est par le rôle que des grands jurisconsultes lui donnent depuis une dizaine d'années une vraie méthode, rôle que nous ne saurions méconnaître. Comme le rôle de ces deux méthodes est en essence le même, nous en parlerons en même temps, pour le moment nous tenons à fixer un peu plus celle de ces deux méthodes qui est moins connue, celle du droit comparé.

Presque dans tous les ouvrages de droit qu'on publie depuis quelques années, figure un chapitre indispensable sur le droit comparé. Nous avons l'impression que les auteurs désirent nous montrer leurs connaissances du droit des autres Etats. Ce désir leur fait grand honneur parce qu'il nous prouve une érudition parfaite, mais à laquelle nous ne donnons malheureusement aucune impor-

tance. La législation comparée n'est pas une simple curiosité, elle est une méthode, un critérium de jugement en matière de droit. Elle représente la sagesse des autres peuples et elle doit nous servir de guide quand nous n'en avons pas. On peut objecter que les législations étrangères ne peuvent pas servir la législation d'un pays déterminé, parce que les principes en diffèrent. Ce n'est pas tout à fait vrai, car dans les législations modernes il y a une pénétration réciproque des principes qui permettent de se guider dans l'une d'après les autres. Revenons maintenant, après avoir fixé l'importance du droit comparé, au rôle des deux dernières méthodes... mais auparavant disons encore un mot. Sans doute si on voulait établir entre ces deux méthodes une gradation de valeur, la méthode historique a plus d'importance pour la législation du pays, dont l'histoire s'occupe, que la méthode de droit comparé, car l'histoire montre mieux l'évolution d'un problème de droit ; malgré cela quoique moins parfaitement, le droit comparé peut remplir un rôle presque identique. A notre avis ces deux méthodes ont un double rôle, un rôle destructif et un autre édificateur. Lorsqu'on étudie une solution du droit actuel à travers le temps, ou à travers l'espace, dans l'histoire ou dans le droit comparé, on arrive ou bien à trouver un fondement de cette solution, ou bien à n'en pas trouver. Si le fondement est trouvé, alors la solution est renforcée ; au contraire si ce fondement n'est pas trouvé, la solution moderne souffre, elle n'a plus raison de vivre, elle doit

disparaître. C'est le rôle de destruction de ces deux méthodes. On détruit théoriquement la solution, il n'en reste que la doctrine et la jurisprudence s'emparer de cette conclusion, pour changer l'état du problème. A côté de ce rôle destructif, il intervient tout de suite un rôle créateur car en écartant l'ancien fondement, on peut trouver dans l'histoire et dans le droit comparé un autre fondement qui donnera une nouvelle solution. Ces deux méthodes envisagées sous ces points de vue rendent un service considérable à l'étude de toute question de droit ; quant à nous elles nous ont beaucoup aidé à prouver l'opinion à laquelle nous nous attachons. Ces deux méthodes nous font l'impression de remplacer en droit la méthode inductive des sciences positives. Car, comme dans les sciences positives avec la méthode inductive on part des faits connus pour les diriger vers les faits inconnus en établissant un rapport de causalité entre les différents faits, de même en droit avec ces deux méthodes on part des faits connus par l'histoire et par le droit comparé, et on arrive nécessairement à un fait inconnu, la solution du problème posé. Avec ces considérations nous terminons notre introduction un peu longue peut-être, mais, que nous estimons très nécessaire. Nous croyons qu'on donne plus de consistance à un ouvrage de droit, en employant les moyens les plus scientifiques, pour arriver aux solutions les plus acceptables. A présent nous nous sentons libre d'entrer dans le corps même de l'ouvrage.



## CHAPITRE PREMIER

---

### L'ÉNONCÉ DU PROBLÈME JURIDIQUE

---

Il s'agit maintenant de préciser le problème juridique qui nous intéressera. Nous voulons nous occuper de l'effet que les conditions impossibles, illicites et immorales peuvent avoir dans un acte à titre gratuit, dans les donations et les testaments. Nous envisageons seulement une partie d'un problème plus général, l'effet de ces conditions dans n'importe quel acte, onéreux ou gratuit, mais nous en envisageons la partie la plus importante. En vérité, en matière d'actes onéreux, il n'est pas intervenu aucune discussion. La solution donnée dans le Code civil actuel, c'est la solution du droit romain, de l'ancien droit français, du droit actuel des autres peuples, en un mot c'est la solution pour tous les temps passés, dans tous les lieux. Elle est confirmée par le Code Napoléon dans l'article 1172. L'acte onéreux entaché d'une condition mauvaise (1) est nul.

---

1. Nous nommerons les conditions impossibles, illicites et contraires aux mœurs plus brièvement conditions mauvaises.

Si nous ne nous intéressons pas directement à cet article, il n'en faut pas conclure que nous n'y ferons beaucoup d'allusions, car la manière dont nous croyons résoudre le problème nous oblige à tendre vers la solution de l'article 1172. S'il n'est intervenu aucune discussion pour les actes onéreux soumis à une condition mauvaise, il n'en a pas été de même pour les actes gratuits. Ce problème a été très creusé et à présent encore le champ est ouvert aux controverses.

C'est pour cette raison que, ainsi que nous le disions précédemment, cette partie du problème nous paraît plus importante. La solution de la question qui nous intéresse est donnée dans le Code Napoléon par l'article 900 ainsi conçu : « Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites. » On croirait que notre but est d'analyser seulement la solution du Code Napoléon comprise dans l'article 900, en réalité il n'en est pas ainsi. Notre but est de voir quelle sera la solution la plus acceptable dans le droit moderne. D'ailleurs, les deux derniers chapitres où nous étudions la question spécialement et parallèlement en droit français et en droit roumain, prouvent que notre intention est de donner une solution d'une valeur plus générale. Pourquoi avons-nous pris justement la législation roumaine et non pas une autre ? D'abord, parce que forcément étant la législation de notre pays nous la connaissons mieux.

Encore pour une autre raison, car le hasard n'a pas présidé à notre choix avec notre seul goût, il nous fallait absolument deux législations, dont l'une posât une solution du problème et l'autre n'en posât aucune. Or, dans les législations française et roumaine nous avons trouvé ce qu'il nous fallait pour arriver à notre but. Ainsi une fois notre opinion établie et la solution donnée au problème, nous pourrons l'appliquer immédiatement à une législation muette sur la question comme l'est la législation roumaine. En réalité, le Code civil roumain quoique étant la traduction intégrale du Code Napoléon, a omis l'article 900 complètement, de sorte que la jurisprudence et la doctrine sont libres dans le choix d'une solution, celle que nous proposerons comme les autres. Il s'agit seulement de proposer une solution qui corresponde mieux aux principes du droit moderne et aux besoins actuels. Nous étudierons théoriquement la question dans le droit français et ensuite nous appliquerons notre conclusion au droit roumain, de sorte qu'en joignant la théorie à la pratique, nous pourrons mieux déterminer la valeur de notre solution. Essayons d'abord d'écarter une objection qui peut se présenter sous deux faces. La première partie de l'objection moins grave que la seconde, consiste à se demander si la solution fournie pour le droit français peut être appliquée à la législation roumaine ? La réfutation est facile. C'est que la législation roumaine étant la traduction de la législation française, elle est régie par les mêmes principes, donc les mêmes solutions peuvent être

données pour toutes les deux. La seconde forme de l'objection est plus grave : on peut se demander comment la solution identique pour le droit français et romain peut avoir une valeur pour le droit moderne entier ? On sait que les solutions juridiques varient d'un pays à un autre et cette différenciation est imposée par les besoins sociaux qui diffèrent d'un pays à un autre. L'objection serait en vérité sérieuse si nous nous trouvions devant une disposition qui contente seulement les besoins spéciaux d'un pays quelconque, mais notre problème est plus général, il ne vise pas seulement les besoins d'une société mais le besoin et l'intérêt de toute société bien organisée. C'est l'intérêt fondé sur un principe moral universel d'après lequel on ne doit jamais donner suite à un acte qui contredit au droit et à la morale. Toutes les dispositions légales ne sont pas morales et pour celles qui ne le sont pas la sphère d'application est bornée, mais les dispositions légales qui visent un principe de moralité, prennent une grande extension, dépassent les limites d'un pays, et deviennent solutions acceptables dans tout le droit moderne. Notre problème se trouve dans cette situation, car il n'y a pas de législation qui puisse permettre la validité d'un acte accompli au mépris de la loi ou de la morale. Semblable licence serait l'écroulement de la société. Le problème que nous tâchons d'étudier se prête à une solution d'une valeur plus absolue. D'ailleurs, ce n'est pas la seule disposition ayant ce caractère, en droit français même nous trouvons dans l'article 6, le principe qui explique

l'article 1172 et 900 et tous les autres qui sont de la même famille. « On ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Ayant ainsi posé la question et montré l'objet de cette étude et son but, il nous reste à exposer sommairement le plan de cet ouvrage. Notre travail contiendra six chapitres. Le premier sera la continuation de celui-ci. Nous nous proposons dans ce chapitre de parler de quelques notions dont il est nécessaire d'expliquer et de préciser leur sens pour la compréhension de notre sujet. Ce sont des notions que nous rencontrons fréquemment dans le corps de l'ouvrage, et il convient d'éviter tout malentendu possible à leur sujet. Dans les deux chapitres suivants nous interrogerons les faits historiques et le droit comparé. Nous avons établi l'importance capitale de ces deux méthodes. Le quatrième et le cinquième chapitres seront une étude critique de la doctrine et de la jurisprudence dans le droit français et le droit roumain et le sixième comprendra une critique concluant à la destruction de la dissolution donnée par l'article 900. L'histoire, le droit comparé, la doctrine et la jurisprudence donneront, pensons-nous, la solution que nous voulons chercher du problème qui nous occupe. Ajoutons encore avant d'en terminer avec ces préliminaires que dans tout notre ouvrage nous ne voulons pas tenir compte d'autre chose que des besoins de la vie pratique. Le droit ne doit pas contenter seulement la raison, un peu prétentieuse parce qu'elle est trop logique, mais il

doit cristalliser, dans une forme claire, la sanction des nécessités pratiques. Nous pouvons entrer, après ces explications, dans le vif de notre travail.

I. — DÉFINITION DES TROIS NOTIONS  
CONDITION, MODUS, CHARGE

Définissons immédiatement un certain nombre de notions dont nous ferons un usage fréquent comme : condition, charge, modus, conditions illicites, immorales, contraires aux mœurs... S'il nous arrivait d'être embarrassé pour préciser le sens d'une de ces notions, nous nous servirions des définitions données par les jurisconsultes romains, car jamais esprit et langue juridiques n'ont pu exprimer avec autant d'élégance et de clarté le sens de la plupart des notions juridiques. Tâchons d'abord d'exposer ce que c'est qu'une condition ? C'est une définition donnée par tous les auteurs. Dans le traité de MM. Aubry et Rau (1) la forme qui lui est donnée est la suivante : « La condition est une déclaration de volonté ou une disposition de la loi qui fait dépendre d'un événement futur et incertain l'existence d'un rapport juridique. » C'est à peu près la même définition donnée par le Code Napoléon, article 1168, avec la seule différence que celle du Code est plus compliquée. En vérité, dans le même article où l'on définit la condition, on trouve aussi la classification des conditions suspensives et résolutoires. C'est ce qui complique les choses sans

---

1. Aubry et Rau, p. 60, t. IV, éd. 1871.

contribuer à rendre la définition meilleure. Toutes les définitions de la condition en somme sont bonnes, parce que toutes contiennent les deux éléments constitutifs de la condition. La caractéristique de la condition c'est d'abord l'incertitude de l'événement par opposition au terme qui est un événement certain ; c'est en second lieu le caractère futur de cet événement. Il en est en ceci comme du terme. Il y a donc deux éléments constitutifs de la condition, il faut un événement futur et que cet événement soit incertain. Si l'événement est présent il n'y a pas condition. Et si par hasard on a voulu nommer condition un événement actuel et non connu, c'est par erreur, erreur commise par les rédacteurs du Code Napoléon dans l'article 1181 où en voulant donner la définition de la condition suspensive, l'article parle d'un événement « actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties ». Faute singulière et explicable seulement par une négligence qui peut arriver même aux hommes les plus sages, comme étaient les rédacteurs du Code Napoléon, car la condition doit être un événement futur. « Itaque tunc potestatem conditionis obtinet, quum in futurum confertur ». (Papinien 4. 39. D.

Le second élément « l'incertitude » est l'élément essentiel de la condition et c'est cette incertitude qui demande que l'événement soit futur, car s'il est présent, ou bien déjà arrivé, ou bien encore dans l'impossibilité d'arriver, on n'est plus dans l'incertitude. Il peut arriver que l'événe-

ment actuellement arrivé soit inconnu par les parties, donc en apparence il peut arriver qu'il se trouve dans un état d'incertitude, ce qui a conduit peut-être les rédacteurs du Code Napoléon à commettre la faute dont j'ai parlé tout à l'heure, dans l'article 1181. Mais cette incertitude n'est pas celle exigée pour que la condition existe. L'incertitude, élément essentiel de la condition, regarde un événement quelconque dont la réalisation dépend du fait de quelqu'un ou du hasard, tandis que l'incertitude de l'article 1181 c'est affaire de non-connaissance d'un fait accompli.

Après avoir défini et expliqué ce qu'est la condition (1), nous pouvons passer aux autres notions. Voyons ce que sont « la charge et le modus ». Dans le droit moderne on emploie très rarement le mot modus, ou plutôt on ne l'emploie plus dans le sens général qu'on lui donnait en droit romain. Généralement en droit romain « le modus » était une obligation alternative (2). Dans ce sens le mot modus n'est plus connu en droit moderne. A côté de cette acception du modus, les interprètes du droit romain ont voulu lui en donner une autre, en croyant quelle était donnée par le droit romain même. Dès lors cette nouvelle acception a été reçue et gardée dans le droit moderne.

---

1. On prend dans le langage habituel le mot condition dans le sens de clause. On dit « les conditions d'une vente par exemple » au lieu de dire « le clause de la vente », c'est un emploi impropre.

2. Dig. 45.1.128.

Toutes les donations à charge, sont nommées donations *sub modo*. Dans ce sens le mot *modus* signifie charge (1). Arrêtons-nous un peu sur le mot charge, et demandons-nous ce qu'enferme cette expression. Ce n'est pas chose plus difficile que de donner définition juridique, claire et logique parce que nous n'avons pas en droit, comme dans les autres sciences, des classifications préalable des notions.

En ce qui concerne la charge, pour en revenir à notre question, la difficulté est augmentée par suite de la confusion faite par le législateur entre la charge et la condition. Ainsi par exemple dans l'article 953 « la donation entre vifs ne pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite », on voit très bien qu'on emploie le mot condition à la place de charge. Vulgairement on peut dire condition au lieu de charge, mais l'homme de droit doit se garder d'employer un mot dans son sens vulgaire lorsqu'il existe un autre sens technique de ce mot. Les auteurs qui se sont donné la peine de définir cette notion ne l'ont pas envisagée dans un sens général, et en parlant de charge ils entendent par là seulement la charge d'une donation, ou le *modus*. Leur définition est trop étroite. Ainsi Huc (2) définit la charge ou le *modus* « une clause par laquelle le donataire est chargé

---

1. Il y avait une autre acception en droit romain du mot *modus*. C'était le taux de l'intérêt, ou le taux déterminé par la loi *Cincia*, au-dessus duquel on ne pouvait faire de donations, sauf aux *personæ exceptæ*.

2. Huc, t. VI, n° 236, 240.

de donner, de faire ou de ne pas faire quelque chose en considération de la libéralité et après qu'il l'aura reçue ». La définition est assez bonne parce que le jurisconsulte saisit le caractère essentiel de cette notion juridique, en disant que cette clause demande d'abord l'exécution de l'obligation principale. Nous insistons plus loin sur ce caractère de la charge pour la comparer avec la condition dont nous avons précédemment parlé. Cette définition quoique bonne en principe, ne nous contente pas, par suite de son application spéciale aux donations seulement, cherchons donc une autre définition. Nous trouvons dans le *Dictionnaire de Droit civil* de Poidvin (1) une définition qui embrasse toutes les applications qu'elle peut avoir. On lit « dans un sens plus général, on appelle charge toutes les obligations qui sont imposées à une personne comme conditions d'un acte, d'une convention, ou d'une succession, en outre des obligations auxquelles l'acte, la convention ou la succession donnent légalement lieu » (2) ; mais cette définition n'est pas complète, car elle oublie de mentionner le caractère essentiel de la notion, compris dans la définition de M. Huc. En complétant ces deux définitions l'une par l'autre, nous pouvons arriver à une bonne défi-

---

1. Poidvin. *Dictionnaire de Droit civil*.

2. On parle du sens général de la notion charge, mais dans le même dictionnaire de Poidvin on l'emploie dans un sens plus restreint ; « il faut entendre par charge, par opposition au mot dettes, le passif de la succession qui a pris naissance après la mort du testateur. Tels sont les frais funéraires, les frais d'opposition et de levée des scellés, les frais d'inventaire, de liquidation et de partage ».

nition à tous les points de vue. On peut dire que « la charge est toute obligation imposée à une personne comme condition d'un acte, d'une convention ou d'une succession en outre des obligations auxquelles l'acte, la convention ou la succession donnent légalement lieu, et après l'exécution de ces obligations ». Ainsi, on embrasse dans cette définition la nature de la notion et toutes ses applications.

Revenons au *modus* et comparons-le avec les autres notions déjà étudiées de la charge et de la condition. N'insistons pas sur la comparaison entre charge et *modus*, car on sait qu'elles se confondent, avec la seule différence que le *modus* s'applique seulement aux donations, tandis que la charge a une application plus étendue. Voyons maintenant quel rapport existe entre le *modus* et la condition, soit entre la charge et la condition. Prenons un exemple de donation *sub modo* et de donation conditionnelle et établissons ainsi concrètement le rapport. « Je vous donne cent si Pierre se marie dans une année », voilà une donation conditionnelle. « Je vous donne cent si vous donnez trente à Pierre », voilà une donation *sub modo*. Reprenons la donation conditionnelle et voyons quelle est la situation du bénéficiaire ? Le bénéficiaire doit attendre l'arrivée de la condition, il ne doit rien faire, il ne peut rien faire, donc il ne s'oblige à rien. Le rôle du bénéficiaire dans la donation conditionnelle comme dans n'importe quelle autre condition est passif, aucune autre obligation n'engage sa personne ou ses biens. Analysons

la donation *sub modo*, est-ce que le bénéficiaire se trouve dans la même situation ? Non. Ici, il ne s'agit plus d'attendre l'arrivée d'un événement sans rien faire, au contraire il s'agit de faire quelque chose. Le bénéficiaire s'oblige à quelque chose, il doit exécuter une obligation, donc son rôle est actif. On voit donc que la différence apparaît dans la personne du bénéficiaire. Y a-t-il condition ? le bénéficiaire ne s'oblige à rien. Y a-t-il *modus* ? Il s'oblige à faire quelque chose. Ce n'est pas une simple distinction de mots, car cette différence nous conduit à des conclusions pratiques différentes, selon qu'on parle de condition et de *modus*. En vérité, si le bénéficiaire est obligé à faire quelque chose, la donation qu'on lui a faite perd le caractère de libéralité jusqu'à concurrence de l'obligation imposée, c'est-à-dire en matière de *modus* (1) l'acte libéral devient un acte mixte, onéreux et gratuit, tandis qu'en matière de condition le bénéficiaire ne s'oblige à rien, l'acte reste dans son intégralité une libéralité.

Mais il y a encore une différence entre le *modus* et la condition. L'existence effective — nous employons ce mot pour ne pas faire croire que l'obligation conditionnelle n'a aucune existence avant même de recevoir cette

---

1. Quoique en principe une donation *sub modo* doit perdre sa nature libérale en rapport avec la charge imposée au bénéficiaire ; d'après une solution traditionnelle donnée même par le droit roumain, on considère l'acte entier comme une libéralité. D'après la jurisprudence, si les charges se confondent avec la donation, on arrive jusqu'à confondre que la donation perd tout à fait le caractère de libéralité et devient un acte onéreux.

existence effective — l'existence effective donc, d'une obligation conditionnelle, dépend de la réalisation de la condition jusqu'à cette réalisation l'obligation n'est pas ferme. En matière de charge, les choses se passent tout autrement. Les obligations existent depuis le commencement, elles doivent s'exécuter tout de suite et c'est justement après cette exécution que la question de la charge intervient. Par suite on exécute d'abord l'obligation principale et après elle la charge qui par sa nature ressemble à une obligation accessoire. Il suffit pour s'en rendre compte, de se reporter à la définition de la charge précédemment donnée. Si la charge n'est pas exécutée, nous nous trouvons dans la situation de deux personnes qui se sont obligées synallagmatiquement et dont l'une n'a pas exécuté son obligation. Nous nous expliquerons en prenant un exemple de donation *sub modo*, où la situation est plus simplifiée que dans une convention, mais le raisonnement s'applique aussi aux conventions : « Je vous donne cent si vous donnez trente à Pierre. » Nous prenons le même exemple que plus haut. La donation doit être exécutée et si la charge ne l'est pas à son tour, la donation tombe par l'application de l'article 953 du Code Napoléon. Mais s'il y a cette différence entre une obligation conditionnelle et celle avec charge, il ne s'en suit pas qu'il faille séparer tout à fait la charge de la condition, car dans toute obligation à charge, il y a une condition résolutoire sous-entendue, et c'est pour cela que si la charge n'est pas exécutée on applique l'article 1184 du Code Napo-

l'éon qui donne le choix à la partie envers laquelle l'obligation n'a pas été exécutée de demander l'exécution ou la résolution avec dommages-intérêts (1).

Nous en avons terminé avec l'explication des trois notions de condition, charge et *modus*. Avant de passer à l'examen des autres notions, nous devons fournir la raison pour laquelle nous nous sommes occupé de la charge et de *modus* lorsque l'article 900 ne parle que de conditions. C'est que l'article 900 a une portée plus grande que sa première lecture le pourrait faire croire. Dans cet article le mot condition n'est pas pris dans le sens spécial d'événement futur et incertain, mais dans un sens tout à fait général, celui qui fait de la condition toute clause, toute charge, toute condition. Nous nous sommes occupé en second lieu des charges et *modus*, parce que si le mot condition était pris dans le sens technique, il fallait encore parler des deux autres notions, car n'importe quelle charge ou *modus* sous entend une condition résolutoire. Enfin une troisième considération nous a déterminé à parler de ces deux notions, c'est que quelquefois les charges deviennent de simples conditions, notamment la charge imposée au légataire dans l'intérêt du testateur, comme par exemple : la charge de faire dire des messes

---

1. On critique la possibilité d'appliquer l'article 1184 en matière de donations en soutenant que l'article 954 parle seulement de révocation. On peut répondre que la donation *sub modo* devient un rapport juridique synallagmatique et cela suffit pour que l'article 1184 s'applique.

pour l'âme du testateur, ou la charge d'entretenir le testateur jusqu'à sa mort (1).

## II. — DÉTERMINATION DE LA NATURE DE LA CONDITION IMPOSSIBLE, ILLICITE ET CONTRAIRE AUX MŒURS

Dans ce second paragraphe nous parlerons du caractère illicite, contraire aux mœurs et impossible d'une condition. C'est la partie la plus en rapport avec notre sujet et c'est pour cela que les auteurs, dans leurs ouvrages, lui donnent une grande importance et une grande étendue ; nous lui donnerons toute l'extension possible, sans prétendre donner à la matière toute l'étendue que comporterait une longue énumération, car ces notions une fois expliquées, notre tâche sera terminée. Nous nous bornerons à définir ces trois sortes de conditions et non pas de les énumérer.

1<sup>o</sup> Parlons d'abord des conditions impossibles. On peut dire que la condition impossible est la condition qui ne peut pas se réaliser, c'est-à-dire dont on a la certitude qu'elle est irréalisable.

---

1. Ces charges sont rares. Si le légataire prend d'une manière expresse l'engagement de remplir cette charge, le legs est nul, car il y aura convention sur succession future. Si au contraire le légataire ne prend aucun engagement envers le testateur, le legs est bon et la charge vaut comme simple condition. Si par exemple le légataire entretient le testateur, le legs s'exécutera, sinon il sera comme non-venu. Sanction donnée par le droit romain (D. livre XXXV, 1. 91) et par la jurisprudence. (C. cass., 22 mars 1882. D. 83. 1. 76 ; S. 85. 1. 59).

Prenons l'exemple donné par les Institutes de Justilien(1) : « Si digito caolum attigero dare spondes ? » ; on sait d'avance qu'on ne pourrait jamais toucher le ciel avec le doigt, voilà l'impossibilité ; de cet exemple nous pouvons tirer que la condition impossible n'est pas une condition proprement dite, car il lui manque les caractères essentiels d'une condition. L'événement ne pouvant jamais se réaliser, nous n'avons ni incertitude ni événement futur.

La condition étudiée à présent a la forme seulement d'une condition et pour préciser mieux, la forme d'une condition suspensive eh bien ! l'article 900 s'applique avec toute sa rigueur. La condition tombe, l'acte reste valable. Certainement, dans toute condition impossible il faut que l'intelligence du déposant ne soit pas suspecte, car autrement il ne s'agit plus d'appliquer l'article 900, mais l'article 901.

A côté de cette condition impossible suspensive nous avons une autre condition impossible que M. Martin baptise nécessaire et qui doit contrairement à l'autre arriver nécessairement. Gardons l'exemple des Institutes : « Si non digito caelum attigero dare spondes ». On voit que cette condition est réalisée depuis le commencement, l'acte est pur et simple, soit libéralités, soit conventions, donc l'article 500 et l'article 1172 n'ont rien à faire ici.

---

1. Institutes, III, 19, § 11.

Une condition peut être impossible et résolutoire aussi, occupons-nous de celle-là car l'article 900 l'envisage. Une condition résolutoire peut être comme la condition suspensive, de réalisation d'avance impossible et nécessairement réalisable. Pour la condition impossible résolutoire, le rôle est tout à fait inverse quant à l'application de l'article 900 et 1172 comme l'a admirablement montré M. Bartin (1). « Je vous donne quelque chose, mais la donation sera résolue si vous touchez le ciel du doigt. » Voilà une condition résolutoire impossible. La donation s'exécutera et elle ne sera jamais résolue, car la condition ne se réalisera jamais, donc la donation reste pure et simple, et l'article 900 et 1172 ne peuvent pas s'appliquer ici. Ce que nous avons dit tout à l'heure sur la condition suspensive nécessaire, nous le disons maintenant sur la condition résolutoire impossible.

« Je vous donne cent, mais la donation sera résolue si vous ne touchez pas le ciel du doigt. » Voilà une condition résolutoire nécessaire, car elle est réalisée depuis le commencement, et qui tombe tout de même sous l'application de l'article 900 et si c'était une convention, sous l'application de l'article 1172. Situation encore opposée à celle de la condition suspensive. Le rôle d'une condition impossible, lorsqu'elle était suspensive, est joué par la condition nécessaire quand elle est résolutoire.

---

1. Bartin, *op. cit.*, p. 11.

Une condition peut être impossible à cause de l'état de connaissance des choses, et alors elle est nommée par les jurisconsultes impossibilité physique et à cause de l'impossibilité née des principes juridiques et de leurs entre-croisements.

Nous préférons employer au lieu de l'expression impossibilité physique, l'expression impossibilité causée par l'état de connaissance des choses. En voici la raison. Tous les auteurs, en parlant de l'impossibilité physique, laissent entendre que cette impossibilité est quelque chose d'absolu, c'est-à-dire que ce qui était jadis impossible, l'est aujourd'hui et le sera toujours.

Sans doute, si nous pensons à l'exemple des Institutes « de toucher le ciel avec le doigt », nous avons une condition impossible physiquement pour tous les temps, mais toutes les conditions impossibles physiquement ne sont pas du genre de celle-ci, qui prouve la folie de celui qui la demande. Il y en a d'autres, les plus nombreuses, qui dépendent de l'état relatif des connaissances. Expliquons-nous en prenant un exemple: avant la découverte de l'Amérique si on demandait au donataire de faire le tour du monde, c'était demander une chose impossible, aujourd'hui au contraire cette condition est très possible. Voilà un fait impossible pour l'état de connaissance des hommes avant 1492 et très possible pour nous. Prenons un exemple actuellement impossible. Demander au donataire de faire le tour du monde en aéroplane, c'est demander l'impossible pour l'état actuel des connaissances des choses ; mais qui

peut nous assurer que dans quelques dizaines d'années la chose ne sera pas possible ?

En conséquence cette impossibilité physique n'est pas absolue, elle est tout ce qu'il y a de plus relatif, dépendant nécessairement de nos connaissances, toujours variables, toujours incomplètes. Nous aurions pu parler maintenant des conditions impossibles juridiquement, car nous avons expliqué la nature de celles physiquement impossibles, mais pour ne pas laisser obscures ces questions, et étant donné qu'en cette matière des conditions impossibles physiquement on parle d'impossibilité partielle, relative, conditions difficiles à exécuter et conditions fausses, arrêtons-nous un moment sur ces points différents et expliquons-les.

« Je vous institue héritier sous la condition que vous m'élèverez un tombeau en trois jours. » Voilà une condition partiellement impossible, parce qu'élever un tombeau c'est très possible, mais l'élever en trois jours c'est inconcevable. Quel sera l'effet de l'article 900 ; la condition tombera entièrement ? Non, elle tombera en ce qu'elle a d'impossible, on élèvera donc le tombeau mais non pas en trois jours. Même solution donnée par Ricard (1) dans l'ancien droit français, en opposition de celle donnée par Furgole (2), qui ne faisait autre chose qu'appliquer la

---

1. Ricard. *Dispositions conditionnelles*, éd. 1754, II, 157, n° 236.

2. Furgole. *Testaments*. éd. 1779, II, n° 25 (chap. VII, sect. II).

solution romaine, fondée sur le principe *Evanescit quasi impossibiles* (1). « Je vous donne telle chose si vous traversez l'eau sur une corde. » Voilà une condition qui n'est pas impossible, mais qui est difficile d'exécuter. Eh bien, cette condition reste valable, l'article 900 ne s'applique pas. Ricard donne la même solution (2). « L'extrême difficulté d'une condition possible en soi, ne serait pas considérable pour en entraîner la nullité ». « Je vous institue mon héritier si vous payez à Primus ce que lui doit Secundus », la condition est pleinement valable si en vérité entre Primus et Secundus existe un rapport obligatoire, sinon la condition est impossible. Cette espèce de condition était connue chez les Romains sous le nom de *falsa conditio*, assimilée à une condition impossible. Nous lisons *Falsam conditionem, Cassius et Sabinus impossibilem esse dixerunt* (5). Avec tout ce qui précède nous croyons avoir précisé définitivement ce que c'est qu'une condition impossible physiquement, et nous pouvons passer à l'explication de l'impossibilité juridique. Tout auteur qui veut déterminer la nature des conditions impossibles juridiquement, cherche à établir une opposition avec la condition illicite, opposition qui une fois établie, le satisfait. Je pense que cette manière de séparer les conditions impossibles, illicites et contraires aux mœurs est vicieuse, car

---

1. Loi 6. *De cond. institut.*, XXVIII, 7.

2. Ricard. *Disp. cond.*, 156, n° 132.

3. Loi 72 § 7 (*Des cond. et démonst.*), XXXV, 1.

entre impossibilité, illicéité et immortalité, on ne peut pas trouver une démarcation absolue. Ce qui est impossible peut être aussi illicéité et immoral et inversement. Dans notre tâche de définir la condition impossible juridiquement, nous ne nous efforcerons pas de creuser un fossé entre l'impossible et l'illicéité, résultat que d'ailleurs il nous paraîtrait impossible d'atteindre et nous nous estimerons satisfait si nous parvenons à trouver un élément distinctif dans la nature de l'impossibilité juridique. Il ne faudrait pas croire selon notre affirmation que les trois notions dont nous nous occupons se confondent. Tout ce que nous voulons dire, en nous exprimant logiquement et de façon plus précise, c'est que les sphères de ces trois notions ne sont pas exclusives, mais qu'elles se pénètrent en quelques points. Tout ce qui est impossible n'est pas illicéité ou immoral mais ces notions concordent par parfois. On considère comme condition impossible juridiquement : la clause de substitution, la clause d'inaliénabilité, la clause d'insaisissabilité, ensuite la clause par laquelle on attribue à un tiers l'administration d'un bien légué à un bureau de bienfaisance, la condition imposée à une commune d'entretenir une école avec un caractère confessionnel (loi 30, 3<sup>e</sup> XX, 1886), etc., etc. Parmi tous ces exemples nous en prendrons deux, dont l'un sera une impossibilité créée par un texte législatif et l'autre une impossibilité née du jeu des principes du droit. « Je vous donne telle chose si vous vous mariez avant la puberté. » La loi interdit le mariage avant la puberté, donc cette condition

est impossible à se réaliser. La loi prescrit quelque chose pour qu'un acte juridique soit valable. Vouloir faire cet acte sans remplir la prescription légale c'est impossible.

C'est pour cela que dans l'exemple pris, la condition est impossible. Prenons maintenant le second exemple qui nous conduira à voir le caractère distinctif de la condition impossible juridiquement. Choisissons comme exemple les substitutions. On sait que l'article 896 prohibe les substitutions. « Les substitutions sont prohibées. Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué ou le légataire sera chargé de conserver et de rendre à un tiers sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire. » Cette prohibition établie par le Code est considérée comme une condition illicite. M. Bartin (1) n'est pas de cet avis, il dit que : « La clause de substitution n'est pas à ses yeux une condition illicite, c'est une condition juridiquement impossible. » Dans un raisonnement d'une logique stricte, presque inébranlable, l'illustre professeur démontre son affirmation. Nous croyons pourtant qu'on ne peut pas généraliser cette affirmation, et si elle est parfaitement juste dans l'hypothèse prise par M. Bartin, elle est fausse si nous voulons l'appliquer à l'article 896 dans toute son étendue. En vérité, M. Bartin se place dans l'hypothèse où l'appelé n'est pas encore né au moment de la mort du disposant. C'est un cas spécial de l'article 896, mais il peut se présenter d'autres cas

---

1. *Op. cit.*, p 18.

dans lesquels l'appelé soit né avant la mort du disposant, et alors la situation juridique impossible dont M. Martin parle n'existe plus. Pour l'exemple spécial pris par M. Martin, nous adoptons le raisonnement et nous le répétons ici pour pouvoir donner à l'impossibilité juridique l'extension dont nous avons parlé un peu plus haut, et que nous ne trouvons faite que dans l'ouvrage de M. Martin. Le disposant fait une substitution (1) en chargeant le grevé de transmettre ce qu'il avait reçu à un tiers, l'appelé, qui n'est pas encore né. Le disposant meurt et l'appelé naît quelque temps après. A la mort du grevé l'appelé veut prendre la chose laissée par le disposant. En quelle qualité peut-il venir ? c'est ici que l'impossibilité juridique apparaît. Les droits de l'appelé rétroagissent jusqu'à la naissance, ou tout au plus jusqu'au jour de la conception : *Infans conceptus...* Mais dans l'hypothèse choisie, entre la mort du disposant et la naissance de l'appelé, il reste un temps aussi court qu'il soit, pendant lequel le grevé est plein propriétaire, ce qui rend l'appelé ayant cause du grevé, au lieu d'être l'ayant cause du disposant, comme il l'a voulu. Il ne peut venir en vertu d'un autre titre prendre la chose, que comme ayant cause du grevé. Pourrait-il prendre la chose des mains du grevé ? Non, car les principes de droit établissent une situation juridique qui empêche la réalisation de la condition. Encore une

---

1. Dans tout ce raisonnement nous avons supposé que la substitution est valable et nous voulons prouver que même valable elle est impossible à se réaliser. En réalité la substitution en entier est nulle.

fois pour ce cas spécial nous adoptons l'opinion de M. Martin et nous disons comme lui que nous nous trouvons dans le cas d'une impossibilité juridique ; pour tous les autres cas l'article 896 pose une condition illicite et non pas une condition impossible. Pour nous, la clause de substitution qui d'après M. Martin « n'est qu'une condition impossible » est « non seulement une clause impossible, mais aussi parfois illicite ». Cette affirmation est conforme à une autre affirmation précédemment exprimée, que les sphères des trois notions dont nous nous occupons ne s'éliminent pas. Avec ces deux exemples cités nous avons déterminé la nature de l'impossibilité juridique dans toute son étendue, en entendant par impossibilité juridique non seulement l'empêchement de créer un acte juridique, mais l'impossibilité d'une situation juridique, résultant de l'entre-croisement des principes du droit, sans qu'aucun acte juridique soit imposé.

Nous avons voulu dans cette section du paragraphe prouver notre affirmation que les notions impossibles, illicites, immorales ne peuvent pas se séparer définitivement en droit, mais comme nous n'avons encore élaboré qu'une seule notion, nous remettons la réponse à quelques lignes plus loin. Pour en terminer avec les conditions impossibles, nous posons une dernière question, quand l'impossibilité de la condition doit-elle apparaître ? La réponse est facile, il faut que l'impossibilité existe au moment de la confection de l'acte ;

2° Nous passons maintenant à l'explication de la condition

illicite. Par illicite dans un sens général on entend contraire aux lois, c'est-à-dire en d'autres termes illicite signifie illégale. Nous mentionnons ce sens général, quoi qu'il ne soit pas le plus strict pour notre matière, car il nous servira beaucoup lorsque nous ferons la comparaison à la fin de cette section entre condition illicite et condition impossible.

Toutes les mesures prises par le disposant, testateur ou donateur, ne constituent pas une condition illicite, même lorsque cette disposition est contraire à la loi. Il faut que par la disposition on demande à une partie de faire quelque chose, fait qui peut toujours s'accomplir.

C'est par l'intervention de cet élément, fait qui peut s'accomplir, qu'on sépare les deux sortes de conditions, condition illicite et condition imposable. Par exemple commettre un délit ou embrasser une profession déterminée sont des faits absolument réalisables, et si on met un tel fait dans une condition, elle sera illicite. Pourquoi ces faits mis dans une condition rendent-ils la condition illicite ? En déterminant ce critérium nous déterminerons la nature même de la condition illicite. N'oublions pas ce que nous avons dit sur la notion illicite dans un sens général, c'est toujours quelque chose de défendu par loi. A ce caractère nous en avons ajouté un autre, celui que le fait mis en condition soit réalisable. Et maintenant évitons une confusion. Entre le fait mis en condition et la condition même il peut exister une opposition flagrante, le fait pouvant être illicite et la condition tout à fait licite et *vice versa*.

« Je vous promets une telle chose si un vol se produit »,

le vol, fait mis en condition est illicite, mais la condition n'est pas du tout illicite. Pourquoi ? Parce que le disposant en posant cette condition ne contribue pas à la réalisation de ce fait, et il n'a même pas l'intention d'obliger le donataire à le faire, c'est quelque chose en dehors de la volonté des parties. Prenons un autre exemple : « Je vous donne telle somme si vous votez pour moi aux prochaines élections. » Le fait mis dans la condition, l'action de voter, est chose tout à fait licite et pourtant la condition est tout ce qu'il y a de plus illicite, parce qu'on ne laisse pas le donataire se comporter librement dans la vie politique, interdiction blâmable. Quelles conclusions tirons-nous de ces deux exemples, dans lesquels nous voyons une opposition entre la nature du fait et de la condition ? La conclusion est évidente, c'est que le fait même ne détermine pas le caractère illicite de la condition et que seulement si le disposant demande à l'autre partie de faire une chose mauvaise, la condition devient illicite, donc la nature illicite d'une condition dépend de l'intention du disposant. Je vous donne telle chose si le vol se produit, je n'ai pas contribué à la réalisation de vol, la condition n'est pas illicite ; au contraire, j'ai voulu vous contraindre de voter librement, j'ai voulu vous empêcher d'exécuter un droit que la loi vous donne, la condition est illicite. La condition illicite consistant à demander à une partie l'accomplissement d'un fait défendu par la loi, est une condition potestative. Si la condition est casuelle elle ne peut pas être illicite, car dans une pareille condition la réalisa-

tion du fait dépend du hasard. Nous avons dû insister sur cette considération que le fait mis dans la condition n'en détermine pas le caractère illicite, et que celui-ci dépend de l'intention du disposant, car c'est en se fondant seulement sur cette intention, que nous pouvons faire l'application des articles 1172 et 900 du Code Napoléon.

Nous avons vu au début de notre étude que ces deux articles sont de la même famille que l'article 6 et 1131 et d'autres encore, qui tous jaillissent d'un principe qui régit notre droit moderne, c'est-à-dire le principe d'empêcher toutes les tendances des particuliers, qui par application d'un autre principe de droit moderne ont la pleine liberté d'agir à leur volonté selon leurs intérêts, de méconnaître la loi et les bonnes mœurs.

Si nous tenons compte du motif qui a déterminé le législateur à faire les articles qui nous intéressent, 1172-900, nous devons éviter de contredire ce motif lorsque nous voulons les appliquer à une condition quelconque. En d'autres termes, nous devons bien scruter l'intention de celui qui pose une condition et nous devons voir si l'intention finale est en conformité avec le motif des articles 900-1172. Si le disposant vise un but légal et moral comme les articles mêmes, la condition n'est pas illicite. Et il doit en être ainsi, car autrement le particulier qui tend par ces dispositions à la même fin que la loi, fin morale et légale, verrait sa disposition écartée précisément par les articles qui tendent vers le même but que le sien. Mais il ne faut pas pousser le raisonnement *ad absurdum*

et considérer comme en dehors de la sanction des articles 900 et 1172 toutes les dispositions entre les particuliers qui tendent à un but licite, par n'importe quel moyen. Nous ne voulons pas enseigner une ligne de conduite fondée sur la *reservatio mentalis* des Jésuites, « le but sauve les moyens ». Non, et c'est pour cela que relativement à un exemple pris par M. Bartin pour prouver la même chose, nous ne partageons pas entièrement son avis (1). M. Bartin donne un exemple tiré de Digeste (2). « Une femme en se mariant stipule une certaine somme si son mari entretient de nouveau des liaisons avec sa concubine. » Et en raisonnant sur cet exemple l'illustre jurisconsulte nous dit que cette condition tendant vers un but moral, celui d'empêcher le mari de faire un adultère, chose illicite, ne sera pas frappée par l'article 900, car la disposition de la femme suit le même but moral que la loi : je ne peux pas partager cette opinion. Forcer un homme d'être moral sous une peine d'argent, ne rend pas l'homme plus moral.

Au contraire, à nos yeux, il est plus coupable de se prêter à de pareils arrangements en trafiquant des plus sains principes de la morale. A notre avis, l'homme reste immoral, le fait et la condition aussi, et si nous avions appliqué les lois dans une société imprégnée de principes moraux, cette condition devrait tomber sous la

---

1. Bartin, *op. cit.*, p. 129.

2. Loi 121, § 1, *des verb. oblig.*, XLV, 1.

sanction de l'article 900. Mais comme nous vivons dans une relativité morale coupable, ne cherchons pas à expliquer la solution donnée pour cet exemple par la moralité, car elle est immorale, et demandons-nous seulement si elle est utile. Et elle est utile, car indirectement on force l'homme à avoir une conduite convenable envers sa femme.

On voit donc qu'en principe nous considérons que la condition de la disposition prise dans le Digeste doit tomber sous la sanction de l'article 900, mais que pratiquement cette disposition tendant vers un but moral, pour sauver ce but on peut écarter l'application de l'article 900.

Nous avons vu que la nature illicite d'une condition ne dépend pas de la nature de fait. Il y a par conséquent un autre élément qui détermine cette nature et cet élément nous est déjà connu : c'est la volonté du disposant que le fait soit accompli, c'est son intention de voir ce fait réalisé, c'est la potestativité de la condition qui détermine l'illicite. Nous avons dit un peu plus haut que la condition, pour être illicite, doit être aussi potestative et non casuelle. Nous avons vu maintenant qu'elle doit être potestative parce que l'illicite dépend de l'intention du disposant ou de celui qui contracte. Cette intention qui détermine que la condition est potestative ou non, est une question de fait laissée à l'appréciation du juge. Une fois que le juge s'est prononcé sur cette intention, il reste à déterminer si la condition potestative est licite ou illicite, ce qui ne peut plus être laissé à l'appréciation du juge.

Ce que la loi prohibe est illicite, et rien que cela ; le juge est donc soumis à ce que la loi positive dispose, et il n'intervient plus ici d'intention du disposant, comme on l'a vu tout à l'heure lorsqu'il s'agissait de la nature potestative d'une condition. S'il a voulu faire un bien par le moyen d'une condition illicite, l'acte est frappé par les articles 1172-900. « Je vous donne cent si vous ne vous mariez pas » (condition imposée à un homme malade), le but est tout à fait moral, tout de même l'acte doit tomber sous l'empire de l'article 900. Car renoncer à un droit que la loi vous accorde c'est chose illicite. S'il a voulu faire un mal dans son intention mais par des moyens licites, l'acte reste valable. « Je vous donne cent si vous vous exposez à un péril quelconque », l'intention du disposant était de le perdre, mais comme le fait mis en condition n'est pas prohibé par la loi, la condition n'est pas illicite. En d'autres termes l'intention proprement dite n'est pas prise en considération, lorsqu'il s'agit de déterminer le caractère illicite d'une condition. Dans toutes les observations qui précèdent, nous avons exposé la nature de la condition illicite, il convient maintenant de résumer sommairement tous les éléments qui forment une condition illicite, et pour cela nous dirons qu'on est en face d'une condition illicite chaque fois que la condition consiste en un fait réalisable, fait qui doit être contraire à la loi, fait qui doit être accompli par l'une des parties, c'est-à-dire toutes les fois que la condition soit potestative.

Voilà ce que nous voulions exprimer au sujet de la con-

dition illicite, il nous reste à élucider une question dont nous avons retardé l'examen et dont le moment est venu de parler. Il s'agit de la preuve à fournir à l'affirmation déjà faite, qu'entre les espèces de la condition illicite et impossible il n'existe pas une délimitation infranchissable et qu'elles peuvent quelquefois se rencontrer. Nous savons très bien que les esprits trop logiques ne se contentent pas de notre affirmation, parce qu'il leur plaît de distinguer avec plus de clarté toutes choses les unes des autres. Nous avouons franchement que tout en désirant aussi bénéficier de la même clarté, nous ne pouvons pas trouver à satisfaire notre exigence là où la réalité des choses ne relève pas d'une pareille clarté.

Nous retenons de la définition que nous avons donnée de la condition illicite, une partie « ... le fait doit être prohibé par la loi positive » et nous l'approchons d'une partie de la définition de la condition impossible juridiquement(1) «...l'impossibilité juridique est non seulement un empêchement d'un acte juridique... » Dans cette définition de la condition impossible, nous voyons très bien que l'impossibilité résulte comme l'illicite d'une prohibi-

---

1. Nous ne parlons pas de l'impossibilité physique dont les faits, étant hors du domaine de la loi, n'ont aucun rapport avec la condition illicite. Nous nous bornons à comparer seulement l'impossibilité juridique avec l'illicite. Ceci n'est pas en contradiction avec notre thèse, au contraire, cela la renforce, car nous ne soutenons pas la confusion totale des sphères de ces deux notions, mais la simple rencontre, en quelques points, l'impossibilité physique et la partie de la sphère de la notion impossible qui est en dehors de l'illicite.

tion établie par la loi. Nous avons montré en outre que l'impossibilité physique est toujours en dehors de la sphère de l'illicite et avec elle nous considérons comme toujours en dehors de cette sphère une autre catégorie de conditions juridiquement impossibles, celles qui naissent de l'entre-croisement des principes du droit et non pas d'une disposition positive de la loi, et entre ces deux séries d'impossibilité il y a la troisième dont nous avons parlé un peu plus haut, et qui jaillissant d'un empêchement de la loi se confond avec les conditions illicites. Notre affirmation, loin d'aboutir à la conclusion que les conditions illicites et impossibles se confondent, confusion que nous repoussons, prouve seulement qu'entre ces conditions on ne peut pas tracer une ligne de démarcation bien distincte. Mais les auteurs soutiennent qu'entre la condition impossible et la condition illicite il y a une différence qui met un obstacle infranchissable à un rapprochement quelconque, c'est que le fait mis dans une condition illicite est et doit toujours être réalisé, tandis que dans les conditions impossibles le fait ne peut pas se réaliser. Nous trouvons que cette affirmation n'est pas entièrement exacte. Elle est juste lorsqu'il s'agit d'une impossibilité née de l'entre-croisement des principes de droit, car dans ce cas nous nous trouvons dans une situation où le fait posé comme condition est en vérité dans l'impossibilité de se réaliser, ou pour mieux nous exprimer le fait ne comporte pas une réalisation juridique, car autrement tout fait est réalisable, mais toute réalisation d'un fait ne produit pas des effets juridiques,

et c'est précisément ce qui importe en droit. D'autre part, cette affirmation n'est plus exacte lorsqu'il s'agit d'une impossibilité née d'un empêchement établi par la loi, car dans ce cas le fait peut très bien se réaliser dans la condition impossible comme dans la condition illicite, ce qui me conduit à dire de nouveau qu'en ce cas ces deux sortes de conditions se confondent.

3° Dans cette troisième section nous étudierons la condition contraire aux mœurs que l'on nomme aussi condition immorale. Nous tâcherons de définir ces sortes de conditions comme nous avons fait auparavant pour les autres. Se distinguant des autres deux notions déjà étudiées, cette troisième a un sens plus large, parce qu'ici nous avons affaire non seulement aux principes du droit, mais aussi aux principes de la morale. Nous sommes dans une matière où les limites du droit et de la morale disparaissent, non pour se confondre tout à fait, mais comme pour montrer qu'entre la morale et le droit il y a une étroite liaison. En vérité, il y a beaucoup de principes légaux qui ne sont pas moraux, et inversement il y a des préceptes moraux qui ne sont pas légaux, mais il y a beaucoup de préceptes qui sont à la fois moraux et légaux. Insistons un peu sur cette difficile question du rapport entre le droit et la morale, car notre éminent professeur M. Bartin (1), émet et veut prouver une opinion tout à fait contraire, par laquelle il montre qu'entre ces

---

1. Bartin, *op. cit.*, p. 239.

deux disciplines de connaissances, droit et morale, il y a une distinction qui s'impose. Opinion que nous ne pouvons partager, quoiqu'elle se réclame de l'avis des grands philosophes. Il me semble que M. Bartin arrive à une conclusion d'où l'humanité est partie jadis, et il paraît impossible de donner comme point d'arrivée celui du départ. Mais pour être compris procédons méthodiquement. Nous ne nous proposons pas de faire un article sur la morale, mais nous devons établir d'abord une distinction nécessaire même dans la notion de la moralité. La moralité est la science qui a comme but la réalisation de la bonté parfaite, comme l'esthétique réalise la beauté et la logique la vérité. Mais la bonté parfaite ne se réalise jamais dans le monde des faits, elle se réalise seulement dans le monde des idées, et c'est pour cela que la morale est considérée dans un sens comme une science des conceptions idéales. Or, à côté de l'idéal, à côté de ce que nous devons être et de ce que nous ne pouvons pas être, à côté de la morale qui envisage la bonté (1) parfaite, il y a une autre morale à la portée de nous tous, la morale courante. Qui peut nier que chaque nation à toute époque n'a pas eu sa conception sur l'honnêteté, sur l'altruisme, sur le bien et le mal, sur tout ce que constitue la morale ?

Ce n'est pas la conception idéale que nous la trouvons chez les philosophes idéalistes, mais c'est tout de même

---

1. Par bonté nous entendons tous les sentiments moraux. Nous prenons ce mot « bonté » dans le sens que les philosophes lui donnent.

une morale. Nous aussi nous avons une morale, celle qui régit dans le milieu où nous vivons, celle qui constitue le mobile de la grande partie de nos actes, et ce qu'il y a de plus important, celle qui détermine la conception du droit du législateur.

En résumé nous distinguons deux sortes de morale, l'une qui existe dans la conception des philosophes et l'autre qui existe dans la vie même. Reprenons alors l'opinion de M. Martin.

M. Martin nous dit qu'entre la morale et le droit il faut faire une distinction capitale, et cette distinction est marquée même par de grands philosophes, entre autres par Kant (1). Le grand penseur allemand, dans son ouvrage *Doctrines du Droit*, affirme cette distinction, et quoique nous soyons d'un avis contraire à celui de M. Martin, tout de même nous admettons la distinction faite par Kant, car elle cadre admirablement avec la distinction que nous avons faite entre les deux morales. Kant a conçu une morale tout à fait idéale, c'était la morale parfaite. Celle-ci nous en convenons ne se confond pas avec le droit, mais si la morale absolue est loin du droit, la morale relative, celle que nous sentons et connaissons, se confond en grande partie avec le droit. Le témoignage de Kant n'est pas suffisant pour établir l'exactitude de l'affirmation de M. Martin. Cet appel au témoignage de Kant, pas plus que le raisonnement fondé sur l'évolution du

---

1. Kant. *Doctrines du Droit*.

droit et de la morale, que M. Bartin emploie, ne réussissent à nous convaincre. M. Bartin part d'un adage des Romains : *non omne quod licet honestum est*. Quel en est le sens ? D'après M. Bartin, cet adage mentionne une séparation entre le droit et la morale, séparation qui n'existait pas au commencement, car alors dit M. Bartin, la morale se confondait avec le droit. Les Romains ont distingué ces deux domaines, les philosophes l'ont montré et l'ont prouvé, ainsi qu'aujourd'hui « la distinction du droit et de la morale est une chose acquise » (1). Elle n'est pas du tout acquise. En réalité, dans la longue suite des âges, nous constatons que le législateur ne s'intéresse pas à la morale. Mais est-ce que les choses se passent toujours ainsi ? Non certes. Si les Romains disaient *non omne quod licet honestum est*, ce n'est pas parce qu'autrefois il existait une confusion qui aujourd'hui n'existe plus, mais c'est parce qu'aujourd'hui elle ne l'est pas encore, mais qu'elle le sera une fois. L'adage latin veut dire tout simplement que dans leur législation, malheureusement, il y a encore des dispositions qui sont contre la morale. Encore une preuve, et nous en terminons avec cette digression, très nécessaire pour la détermination de la nature des conditions contraires aux mœurs. Le droit est une science sociale comme la morale, fatalement elles auront des points de contact, tâchons de montrer sommairement par cette voie quel rapport existe entre la morale et le droit. Une fois cette ques-

---

1. Bartin, *op. cit.*, 241.

tion résolue nous apporterons encore une preuve à l'appui de notre opinion et nous en aurons fini sur ce point. Le droit établit des rapports entre les individus ou entre les individus et la société, entre société et société (1), il sanctionne les besoins sociaux. Le facteur créateur du droit c'est le besoin ou si on préfère l'utile, comme nous l'avons d'ailleurs montré dans notre introduction. Le législateur doit dans son premier élan satisfaire à l'utilité, c'est pour cela que les lois, généralement depuis le commencement de l'histoire des peuples, ont été en opposition avec la morale. Jetons ici un regard rétrospectif à travers l'histoire et jugeons les événements. Nous voyons que ce n'est pas là une affirmation gratuite. Toutes les prérogatives, les prérogatives des ecclésiastiques, des militaires, des propriétaires fonciers, que sont-elles, sinon des dispositions contre à la morale, mais demandées par l'utile, par les besoins sociaux. Plus le besoin est grand, plus on s'intéresse à l'utile et moins à la morale. Lorsque les besoins sont satisfaits, on commence à accommoder la loi avec d'autres facteurs, l'équité et la morale. Les privilèges des temps anciens étaient immoraux, la grande Révolution, par des principes moraux, égalité, fraternité, liberté, a détruit l'édifice ancien pour en bâtir un nouveau avec de nouvelles institutions demandées non seulement par l'utilité sociale, mais aussi par la moralité.

---

1. Sous cette forme nous envisageons non seulement le droit privé, mais le droit public et le droit international.

Voilà la marche de l'histoire, les événements le prouvent et nous ne pouvons contredire les faits qui ne mentent jamais, comme dit un adage anglais « *facts cannot lie* ». Chose acquise, disait M. Bartin, que la distinction entre le droit et la morale ? Non, ce n'est pas chose acquise, car lorsque la demande de l'utilité sociale n'est pas si pressante le droit se soumet à la morale. C'est pour cela que les Romains disaient *non omne quod licet honestum est* pour exprimer qu'il y a des lois morales, mais qu'elles ne le sont pas toutes, et c'est précisément ce que nous voulions démontrer. Il n'y a pas une distinction définitive entre la morale et le droit, comme il n'y a pas une confusion absolue, mais il y a une simple pénétration qui idéalement doit tendre à la confusion. Ainsi nous avons élucidé une question qui nous servira à définir les conditions contraires aux mœurs ; tâchons donc de les définir. On a pu voir que, selon nous, contraire aux mœurs veut dire contraire à la morale, tout autrement que le pense M. Huc, qui voit dans ces deux expressions la traduction de deux choses différentes. Ainsi lisons-nous dans cet auteur (1) « les bonnes mœurs, qu'il ne faut pas confondre avec la morale, sont les habitudes acquises pour le bien en tant qu'elles sont protégées ou déterminées par les lois positives ». Cette définition ne nous paraît pas acceptable d'abord parce qu'on ne peut pas séparer les bonnes mœurs de la morale et ensuite parce que tout ce qui est bonnes mœurs n'est pas prévu

---

1. Huc, t. I, p. 186.

par la loi positive. La notion de condition contraire aux mœurs a un champ plus vaste en même temps qu'un domaine plus indécis que les deux autres notions déjà étudiées, de condition impossible ou illicite. Elle est moins précise parce qu'elle dépasse les limites de la loi positive. On a des faits contraires aux mœurs qui sont spécifiés par la loi, et ce sont ces faits qui font la confusion partielle entre le droit et la morale, il y en a d'autres qui sont régis par les préceptes moraux seulement, sans bénéficier d'une sanction légale. La détermination de l'immoralité du fait d'une condition est une question de fait laissée à la libre appréciation du juge. Cette appréciation ne dépend pas de l'intention immédiate du disposant, mais de l'intention finale. On envisage la condition dans son ensemble et si le but final est moral la condition reste debout, si non elle tombe. Ceci ne veut pas dire que si les moyens employés sont illégaux, la condition n'est pas frappée par l'article 1172 et 900. Elle tombera naturellement comme condition illicite. « Je vous donne cent si vous entrez au couvent. » Le but final du disposant est de contraindre l'individu à une vie morale, la condition tout de même tombe parce que le moyen est illégal, car on apporte une restriction à la liberté individuelle. Nous avons donc déterminé la nature des conditions contraires aux mœurs. A la différence de beaucoup d'auteurs qui veulent restreindre la sphère de contraire aux mœurs, d'un fait mis dans une condition, nous faisons coïncider le

caractère contraire aux mœurs avec l'immoralité, qu'on entende par morale soit celle qui se confond avec le droit, soit celle qui est en dehors du droit. Pourtant, avant de passer à une autre section, nous devons encore montrer quel est le rapport entre la notion d'immoralité et les autres notions de l'impossible et de l'illicite lorsqu'il s'agit d'une condition impossible, illicite ou contraire aux mœurs. Le rapport n'est pas difficile à établir si on envisage le contenu de nos pages précédentes. Entre l'impossibilité et l'immoralité, un rapport est possible, car nous pouvons concevoir des conditions impossibles qui sont en même temps immorales, ainsi, par exemple, la condition de se marier avant la puberté, est une condition impossible. En effet même si on veut l'exécuter, le mariage ne produira aucun effet juridique; mais elle est aussi immorale, car c'est contre la nature d'obliger deux êtres se lier à un âge très jeune. Plus facilement on peut trouver un rapport entre ce qui est illicite et ce qui est immoral, ici nous vient en aide toute la théorie établie sur le rapport entre le droit et la morale. On trouve des dispositions légales qui prohibent quelque chose, mépriser ces dispositions c'est faire un acte illicite. Mais ces dispositions peuvent aussi être morales et alors les contredire c'est faire quelque chose d'immoral. Il y a des dispositions qui, contredites, rendent coupable celui qui les contredit d'un acte illicite sans qu'il soit en même temps coupable d'un acte moral. Ainsi, par exemple, contredire l'article 896 qui

prohibe les substitutions c'est faire un acte illicite, quoique moral, car le but des substitués est un but moral. Et ceci se produit avec toutes les dispositions du droit, qui pourraient entrer dans le cas de l'adage latin *non omne quod licet honestum est*. On voit donc qu'entre les trois notions dont nous nous occupons existe une sorte de pénétration et nous pensons que notre affirmation, qu'on ne peut pas établir de limites infranchissables entre la notion d'immoralité, d'illicite et d'impossibilité, est suffisamment justifiée.

Voici maintenant, pour en terminer définitivement, un nouvel argument en faveur de notre opinion, c'est qu'on ne trouve aucun intérêt pratique à faire cette différenciation, toutes les conditions mauvaises étant sanctionnées de la même façon. S'il y avait des sanctions différentes pour chaque sorte de condition mauvaise, nous aurions eu peut-être à approfondir la question de délimitation exacte plus que nous n'avons cru bon de le faire, mais comme la sanction est la même, il est plus facile et plus conforme à la nature des choses, qui nous a déterminé à adopter cette conclusion, qu'il n'y a pas de délimitation absolue entre les trois sortes de conditions, de préciser la nature des conditions mauvaises, sans nous efforcer de les classer dans des catégories. Il sera plus facile de déterminer qu'une condition est mauvaise parce qu'elle est impossible, illicite ou immorale, que de prouver qu'elle est seulement impossible, seulement immorale, seulement illicite. Voici

qu'est arrivé à sa fin un chapitre où nous avons trouvé nécessaire de montrer le sens dans lequel nous prendrons toutes les notions qui auront leur place dans cet ouvrage. Nous n'avons pas suivi un exemple souvent donné en énumérant et en cataloguant les conditions mauvaises, parce que nous aurions dépassé les limites de notre sujet qui vise seulement les effets de ces conditions en matière d'actes gratuits. Mais nous ne pouvions aborder le sujet même, sans avoir eu le soin de donner ces quelques explications.

Nous les avons fournies plus longues que nous ne le croyons au début devoir être, des questions s'étant soulevées que nous n'avions pas prévues et qu'il importait de trancher immédiatement au fur et à mesure.

---

## CHAPITRE II

---

### INTRODUCTION A LA MÉTHODE HISTORIQUE

---

Nous avons vu au commencement du chapitre I *de qua re agitur*. Nous nous proposons d'étudier les effets des conditions mauvaises, dans les actes à titre gratuit. Nous avons un article dans le Code Napoléon (art. 900) qui établit une solution différente à celle donnée par l'article 1172 en matière de convention.

Tandis que ces conditions rendent les conventions entièrement nulles, en matière de donations et de testaments la condition tombe, mais l'acte reste valable. Il y a une différence capitale entre les actes à titre onéreux et ceux à titre gratuit, différence que nous trouvons non seulement dans le droit moderne français, mais dans beaucoup d'autres législations modernes et même dans les législations anciennes. Toutes les solutions ne s'identifient pas, il y a des différences. Nous n'étudierons pas toutes ces législations par esprit de curiosité, ni dans un

seul souci d'érudition, mais nous chercherons à fournir une explication de la solution donnée par le Code Napoléon si nous le pouvons, sinon, à donner une solution qui contredira celle donnée par l'article 900 du Code Napoléon, et qui pourra servir comme solution pratique dans une législation où une pareille disposition n'existe pas. Nous faisons allusion à la législation roumaine, dont l'étude, avons-nous déjà dit, trouvera sa place à la fin de notre ouvrage. Toute disposition législative doit être expliquée par l'histoire ou par l'esprit du législateur, et lorsqu'une pareille disposition n'existe pas et qu'une solution est tout de même demandée, ou bien si la disposition est obscure outre l'éclaircissement donné par l'histoire et par cet esprit, nous avons pour auxiliaires d'autres méthodes d'interprétation pour compléter la loi ou pour la rendre plus claire : la doctrine, la jurisprudence, la législation comparée.

Ce chapitre contiendra quatre paragraphes et le tout constituera l'application de la méthode historique à la question qui nous intéresse. Nous mentionnons pour mémoire le rôle reconnu par nous à cette méthode. L'histoire, en droit, nous aide à expliquer les solutions actuelles, à les détruire si elles n'ont plus de fondement, à ouvrir la voie vers une solution meilleure. A défaut de ce but, les incursions historiques dans un ouvrage de droit n'ont rien à chercher. Dans les trois premiers paragraphes nous étudierons le problème en droit romain, dans

l'ancien droit français et dans le droit intermédiaire ; dans le quatrième nous exposerons les solutions données par deux législations anciennes et tout à fait étrangères au droit français. Nous parlerons des solutions données par le Code Caragea et Colimach qui ont été en vigueur en Roumanie avant la promulgation du Code civil actuel, promulgation faite en 1865. Quel intérêt pourraient avoir ces deux législations anciennes et étrangères ? Certainement aucun intérêt pour expliquer la solution du Code Napoléon, mais comme nous avons promis de nous occuper dans un dernier chapitre de l'état du problème dans la législation roumaine, on peut très bien voir quel rôle pourraient avoir les législations anciennes du pays pour le droit roumain actuel.

## I. — ETUDE DU PROBLÈME DANS LE DROIT ROMAIN

Dans ce premier paragraphe on étudiera le problème dans le droit romain. Nous exposerons la solution donnée et les explications fournies par les interprètes, qui sont très nombreuses, car chaque auteur sent le devoir d'apporter une nouvelle explication. Loin d'avoir le plaisir d'être original en cette matière, nous adopterons une des explications déjà données et nous apporterons à son aide tous les arguments possibles. Nous aurons soin, dans l'explication que nous donnerons, de ne pas nous éloigner des textes du droit romain, ni de l'esprit général de cette

législation, en évitant ainsi d'introduire des points de vue nouveaux qui ne concorderaient pas exactement avec le droit romain.

Nous lisons dans les *Institutes* de Gaius (1): « Item si quis sub ea condicione stipulatur quæ existere non potest, veluti si digito cælum tetigerit, inutilis est stipulatio. Sed legatum sub impossibili condicioni relictum nostri præceptores proinde deberi putant, se in sine condicione relictum esset; diversæ scholæ auctores nihilo minus legatum inutile existimant quam stipulationem. Et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest. »

En matière de conventions les Romains donnaient la même solution que le droit français actuel. Voici le commencement du texte cité. Mais laissons de côté les actes onéreux et occupons-nous des actes à titre gratuit. Les Romains faisaient une distinction entre une donation et une institution d'héritier. On assimilait la donation à un acte à titre onéreux, et on faisait ainsi tomber la donation entière soumise à une condition mauvaise. En matière d'institution d'héritier, l'acte restait valable, et la condition seule tombait. Il paraît que cette solution existait chez les Romains depuis les temps les plus anciens. Le texte que nous avons cité énonce une controverse qui existait jadis, mais qui dans le temps de Gaius n'existe plus. Cette controverse était relative aux legs, et elle était engagée entre l'école proculienne et l'école sabinienne.

---

1. Gaius, 98-3

Les sabinien ont triomphé et Gaius lui aussi sabinien, relate ce qu'il était autrefois.

Les proculien n'entendaient pas qu'on établît une différence entre les conventions et les donations d'un côté et le legs de l'autre. Pour eux, le legs soumis à une condition mauvaise devait tomber comme une convention ou une donation. L'opinion contraire, celle des sabinien, a triomphé à la fin de l'époque classique, d'après les propres mots de Papinien : « Obtinuit impossibiles conditiones testamento adscriptas pro nullis habendas » (1), et elle n'est plus du tout contestée sous le temps de Justinien : « Impossibilis condicio in institutionibus et legatis nec non in fideicommissis et libertatibus pro non scripto habetur » (2). Nous avons parlé jusqu'à présent de la controverse qui existait en droit romain relativement aux legs, mais ce n'est pas l'avis de tous les interprètes du droit romain. Certains disent que cette controverse s'est étendue aussi à l'institution d'héritier, opinion professée par exemple par M. Chenon (3). Cette opinion ne nous paraît pas exacte, car elle tombe devant le texte catégorique de Gaius, où il est parlé seulement des legs.

Avant d'analyser les explications données à la solution romaine, essayons de répondre à une très importante question. Comment explique-t-on l'application de la même

---

1. Loi 3, *De condit. et demonstr.*, XXXV.

2. *Inst.*, III, 14-10.

3. Chenon. *Les controverses entre les proculien et les sabinien*, p. 50, n° 21.

solution pour la condition impossible, comme pour les conditions illicites et immorales. Quelques interprètes du droit romain ont voulu expliquer cette solution commune ; par une théorie connue sous le nom de la théorie de l'impossibilité morale, basée sur le texte de Digeste que je cite (1) : « Filius qui fuit in potestate, sub conditione scriptus heres, quam senatus an Princeps improbans, testamentum infirmit patris, ac si conditio non esset in ejus potestate, nam quæ facta lacidunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram (ut generaliter diximus) contra bonas mores fuit : *nec facere nos posse credendum est.* » Les interprètes partent de l'idée qu'un fait impossible mis dans une condition, rend l'acte non valable et par conséquent chaque fois qu'un fait a quelque chose d'impossible en lui, il produira le même effet. Eh bien, d'après les derniers mots du texte cité « *nec facere nos posse credendum est* » les interprètes disent que les Romains considéraient les faits mis dans une condition illicite ou immorale, comme des faits impossibles moralement. Il est impossible d'accorder une valeur quelconque à un acte fait sous une condition immorale ou illicite, car il est impossible pour les particuliers d'enfreindre par leurs dispositions l'ordre moral et légal de la société. Cette théorie est très belle, elle satisfait notre intelligence qui cherche toujours des explications claires et simples, mais elle ne correspond pas à la réalité des choses. En effet, la

---

1. 15 Dig. XXVIII, 7. Papinien.

réalité des choses, comme nous l'avons montré en parlant de la nature des conditions mauvaises, est telle, que le fait mis dans une condition illicite ou immorale, est toujours réalisable, donc la théorie de l'impossibilité morale serait une fiction que nous devons fuir autant que possible, surtout lorsqu'on trouve une autre explication plus acceptable. Nous trouvons dans l'ouvrage de M. Bufnoir une explication qui ne nous contente pas davantage. Nous lisons « que les conditions impossibles équivalent à la négation complète de la volonté de celui qui s'engage » (1). Donc, un acte, qu'il soit à titre gratuit ou à titre onéreux, quand il est entaché d'une condition impossible, doit être nul, car il a manqué la volonté des parties sans laquelle l'acte ne peut avoir aucune existence. Cette affirmation est fausse, car pour impossible qu'il soit, le fait mis dans la condition, n'en est pas moins l'expression d'une volonté. Fausse pour la condition impossible elle sera fausse ainsi pour les conditions illicites et immorales, où l'existence d'une volonté ne peut être mise en doute. La condition illicite ou immorale ne peut produire aucun effet non parce qu'il s'agit d'une impossibilité morale, ni d'un manque de volonté, mais parce que l'intérêt social défend qu'on donne suite à un acte qui méconnaît la loi et la morale. C'est cet intérêt social qui explique admirablement la similitude de la solution pour les conditions illicites et immorales, comme pour les conditions impossibles, qui naturellement ne peuvent

---

1. Bufnoir. *Conditions*, p. 22.

pas d'habitude se réaliser. La conclusion de cette explication serait que même en matière testamentaire il fallait annuler les dispositions, car les mêmes considérations d'intérêt social peuvent intervenir ici, pour les actes à cause de mort, comme pour les actes entre vifs. Si les Romains donnaient d'autres effets à une institution d'héritier, soumise à une condition mauvaise, c'est que d'autres intérêts intervenaient. Nous allons immédiatement voir lesquels. Pour le moment nous pouvons retenir une chose. C'est que la solution donnée pour les actes à cause de mort est une exception à la solution plus générale qui consiste à annuler l'acte entièrement. On connaît comment se posait le problème et quelle était la solution donnée par le droit romain, passons maintenant à l'explication de cette solution. Il y a cinq explications.

A. — On dit que dans les actes entre vifs, les conditions mauvaises doivent annuler l'acte entier, parce que les parties étant toutes vivantes, celles qui étaient chargées d'une pareille condition pouvaient très bien la refuser ; si elles l'ont accepté en pleine connaissance de cause, elles doivent en subir les conséquences. Au contraire, lorsqu'il s'agit d'un acte à cause de mort, par lequel on institue un héritier, cet institué n'a pas été partie à la confection de l'acte et par conséquent il ne doit pas subir rien à cause du testateur.

Il faut avouer que l'explication est assez bonne et on a beaucoup de difficulté à l'écarter, quoique les auteurs la considèrent comme une explication démodée. Nous n'adop-

tons pas cette explication, d'abord parce qu'elle nous donne l'impression d'une théorie faite expressément pour expliquer la solution romaine, c'est-à-dire faite après coup, et non tirée de la réalité même, et pour nous expliquer, veut dire scientifiquement montrer les causes productives — *les causa efficiens* — d'un principe ou d'une disposition légale actuelle et non pas construire une théorie bonne en apparence, mais loin de la réalité. Mais ce n'est pas seulement cette considération qui nous éloigne de cette explication, nous allons apporter encore des arguments qui ont été déjà apportés par les jurisconsultes. Dans l'ouvrage de M. Bartin, nous trouvons trois arguments contre, dont nous n'adoptons que le troisième. Une première critique apportée par M. Bartin (1) et par M. Lepelletier (2) est la suivante : Cette explication n'est pas bonne parce qu'elle ne justifie pas l'opinion des proculiens sur les legs, d'après laquelle le legs entaché d'une condition mauvaise tombe entièrement comme un acte entre vifs. Il est exact que cette explication ne contente pas la théorie des proculiens, mais est-ce que ceci ne nous donne pas le droit d'affirmer que l'explication n'est pas bonne ? Non, certes, ceci prouve seulement qu'elle n'explique pas l'opinion des proculiens et comme elle explique très bien l'opinion des sabinieniens qui a été érigée en solution officielle, et par

---

1. Bartin, *op. cit.*, p. 264 et suiv.

2. Lepelletier. Thèse, p. 26 et suiv.

laquelle le legs reste valable purement et simplement comme l'institution d'héritier l'argument se retourne contre les adversaires de cette explication. Si l'explication n'avait point d'autres points faibles, cet argument l'aurait suffisamment justifiée. Un autre argument invoqué par les adversaires de cette théorie et que nous rejetterons aussi, c'est le suivant. Comme l'institué n'est pas coupable de l'insertion d'une condition mauvaise, il n'est pas non plus coupable de la défectuosité de forme du testament, et tout de même dans le premier cas l'acte reste debout, tandis que dans le second cas l'acte est nul. Logiquement il fallait que tous les deux tombent ou tous les deux restent debout. L'argument n'est pas aussi fort qu'on l'a cru.

Dans le droit nous n'avons pas de principes absolus qui une fois posés nous donnent la liberté de tirer toutes les conclusions possibles, le droit n'est pas construit d'après la logique. Il est la sanction des besoins d'un milieu quelconque. Il se peut très bien que dans une matière nous appliquions un principe pour donner une solution et que nous ne l'appliquions pas pour une autre matière. Il se peut très bien qu'à cause du principe, que l'institué n'a pas été présent à la confection du testament, si le testament est entaché d'une condition mauvaise, que l'institué n'en souffre pas, mais il se peut très bien qu'il souffre d'un vice de forme du même testament. Lorsqu'il s'agit d'un vice de forme c'est le principe strict dans le droit romain, qu'il y a des actes qui doivent se soumettre à une formalité et si cette formalité n'est pas accomplie l'acte

doit être nul. Ce n'est pas non plus cet argument qui vient à bout de l'explication fournie. Il y a un troisième argument plus intéressant et qui seul renverse l'explication ; c'est que, lorsque l'institué fait l'addition de la succession, il s'approprie la volonté entière du disposant et ainsi il accepte toutes les conditions. L'héritier et le légataire dans la conception des Sabinien se trouvent après l'addition de l'hérédité dans la même situation que le donateur ; ils acceptent la condition comme le donateur et doivent subir les mêmes effets.

Voilà comment en pénétrant bien la situation de l'institué qui fait addition d'une succession, l'explication apparaît mauvaise. N'ayant aucune différence de situation entre l'institué et le donateur le problème reste le même ; comment expliquer les effets différents en matière de testament ?

*B.* — Nous passons maintenant à une seconde explication donnée par Massol (1) dans sa thèse d'après laquelle l'institution de l'héritier ou le legs sera valable et la condition échouera si l'institué ou le légataire n'ont « rien à s'imputer quant à l'inaccomplissement de la condition ». On a critiqué cette théorie en prouvant que le principe énoncé tout à l'heure et sur lequel se fonde la théorie n'est pas établi et en outre que même si ce principe était juste, l'explication resterait encore mauvaise. Massol fonde sa théorie sur plusieurs textes romains parmi les-

---

1. Massol. Thèse de Toulouse, p. 32.

quels l'un était particulièrement son opinion. « Si titiae legatum relictum est, si arbitrato eis nupsisset vivo testatore ejus decessisset ea nupsisset : legatum ei deberi. Sed si servi mors impedisset manumissionem, cum tibi legatum esset, si eum manumisses ; nihilominus debetur tibi legatum : quia per te non stetit quomimis perveniat ad libertatem (1). »

Il voit dans ce texte une condition qui ne peut être exécutée avec toute la bonne volonté du légataire à cause de la mort de l'esclave. Et de ceci il tire la conclusion que les jurisconsultes considéraient la condition accomplie chaque fois que l'institué ou le légataire n'avaient pas empêché l'accomplissement de la condition.

On reproche à Massol d'avoir mal interprété ce texte, d'avoir considéré comme condition ce que les auteurs prennent pour un *modus*. En effet, Bufnoir, dans son ouvrage sur la condition (2), démontre qu'il s'agit ici d'un *modus* ; il dit avec raison que le caractère essentiel de la condition est l'incertitude : toute condition est laissée en grande partie au hasard, et on ne peut jamais conserver une condition accomplie lorsqu'un cas fortuit a rendu l'exécution impossible. La condition n'est pas une obligation, tandis que le *modus* est une nouvelle obligation non soumise au hasard et accommodable avec la solution que si un cas fortuit empêche la réalisation,

---

1. Dig. XXX, 54-2.

2. *Théorie de la condition*, p. 86.

qu'elle soit considérée comme réalisée. D'après l'affirmation de Bufnoir, on ne peut pas tirer une conclusion de ce texte pour les conditions. L'interprétation de Massol est fausse. La théorie ne peut pas se soutenir ; mais, même si l'interprétation était bonne, l'explication ne le serait pas. En effet, par cette explication il fallait donner une raison de la solution différente fournie par les Romains en matière de disposition testamentaire ; or, cette raison n'existe pas, car le même raisonnement pouvait très bien être appliqué aussi aux actes entre vifs ; rien ne nous indique son application spéciale aux actes des dernières volontés. Une théorie doit toujours expliquer les cas spéciaux pour lesquels elle est faite. Si elle explique trop elle n'explique plus rien, et c'est le cas de la théorie de Massol.

C. — Nous passons maintenant à une troisième explication que nous n'adopterons pas non plus. Les auteurs qui la fournissent soutiennent que dans une disposition testamentaire il faut séparer bien distinctement le principal, qui est l'institution d'héritier ou le legs de l'accessoire qui dans notre cas serait la condition mauvaise. Si le testateur voulait réaliser la partie principale d'abord indépendamment de la partie accessoire, et si cette partie ne pouvait ou ne devrait pas s'accomplir et si le testateur était sûr de cette impossibilité de l'exécution de la condition, il aurait bien refait l'acte. La nouvelle explication se réduit donc en quelques mots à la présomption posée par la loi de traduire la volonté du testateur qui était de maintenir l'institution ou le legs. Si le testateur vivait il

pourrait refaire l'acte comme le donateur peut le refaire. Lui étant mort il ne peut plus corriger son erreur. Si la disposition n'était pas maintenue, la volonté du testateur serait tout à fait écartée, et c'est par une plus large interprétation du testament que la disposition reste debout. On invoque en faveur de cette opinion un fragment qui nous dit *plenius voluntates testantium interpretantur* (1). On réfute cette explication d'abord en opposant cet argument. C'est mal interpréter le droit romain que de prétendre pouvoir poser en matière d'interprétation des actes des dernières volontés, le principe de la libre volonté du testateur. Dans le droit romain existait un principe contraire : c'était le principe qu'en matière de testament l'interprétation était tout aussi stricte que pour les actes entre vifs. Nous n'avons qu'à ouvrir n'importe quel traité de droit romain et nous pourrions vérifier l'authenticité de ce principe. Ihering (2) pris comme témoin aussi par M. Bartin dans la réfutation de cette explication prouve d'une manière définitive le principe de la stricte interprétation de testament. Il donne quelques exemples : le testateur institue son esclave comme héritier. Dans son intention il voulait aussi le libérer, mais comme il ne l'a pas dit l'esclave ne devient pas libre. Un autre exemple : si on institue un héritier étranger pour le cas où ses propres héritiers mourraient avant lui ; c'est

---

1. Dig. L. XVII, loi 12.

2. Ihering. *Esprit de Droit romain*, Meulenaere, III, 138.

certes, que le testateur pensait dans le cas contraire, c'est-à-dire que si ses propres héritiers vivaient, ils prendraient la succession ; mais comme il ne l'a pas dit, l'institution n'est pas valable et le testament est nul. Donc les deux arguments apportés en faveur de cette nouvelle explication ne peuvent pas prouver la solution exceptionnelle en matière de testament, par la présomption que de cette façon on traduit la volonté du testateur.

*D.* — Nous arrivons maintenant à une explication savante sur laquelle nous insisterons un peu plus que sur les autres. On verra les raisons qui nous déterminent à nous arrêter après avoir exposé la théorie dans tous ses détails. Nous voulons parler de l'explication donnée par M. le professeur *Bartin*, nous suivrons son plan d'après lequel il nous dit qu'il raisonnera d'abord sur le testament nuncupatif, et ensuite « sur les formes extérieures du testament romain puis sur la doctrine *proculienne*, sur les legs et enfin sur les donations » (1), car il reproche aux autres d'avoir raisonné de la même façon sur toutes les formes du testament qui étaient très variées chez les Romains. *M. Martin* pose au commencement un principe général en disant que « le Romain ne concevait pas la disposition testamentaire sans l'existence de l'intention libérale chez le défunt » (2). L'intention libérale, c'est le mobile d'une disposition testamentaire. Il prouve cette règle générale

---

1. *Bartin, op. cit.*, p. 277.

2. *Op. cit.*, p. 277.

par les exemples suivants, à savoir que la nullité de l'institution captatoire ne s'explique d'après lui que par le manque de l'intention libérale chez le testateur. On dit d'une institution qu'elle est captatoire lorsque le testateur subordonne l'institution à la condition que l'institué institue lui-même le testateur. Ici le testateur a suivi plutôt un intérêt personnel que son intention libérale. Il a voulu assurer indirectement, mais principalement, une future succession. Un autre exemple : si l'institution est potestative, elle est nulle parce que M. Bartin nous dit l'intention libérale est apparente. Exemple : *Titius heres esto si Maevius voluerit*. Si je laisse au gré d'un tiers la dévolution de ma succession à telle personne, c'est que je n'ai pas eu l'intention libérale. Nous ne critiquons pas à présent ce fondement de la théorie, car nous désirons d'abord l'exposer tout simplement. Un troisième exemple : *nomine pænæ*. Un legs *nomine pænæ*, c'est celui par lequel on tend à contraindre indirectement l'héritier à faire ou à ne pas faire quelque chose ; comme ici aussi l'intention libérale tombe au second plan, cette disposition est nulle. Avec ces exemples, M. Bartin démontre que l'intention libérale est la partie principale d'une disposition testamentaire. A côté de ce principe M. Bartin en pose un autre : «... mais il suffirait que cette intention existât sous une forme abstraite pour entraîner la validité de la disposition » (1). Le second

---

1. Bartin, *op. cit.*, p. 277.

principe, c'est plutôt la détermination de la nature du premier. Il suffit que l'intention soit abstraite pour qu'elle soit valable. Il raisonne sur un legs, en disant que le legs fait par le testateur dans la croyance qu'il le fait en faveur d'un homme qui lui a rendu un service, reste valable si le testateur s'était trompé. Voilà donc l'intention libérale sous la forme la plus abstraite. Avec ce second principe, M. Bartin indique la différence entre la cause d'une disposition testamentaire qui est la *causa liberalis* et le motif qui n'intéresse pas le législateur.

Les Romains ne s'intéressaient pas de ce que le testateur avait dans sa pensée, mais de ce que l'acte externe le prouvait et M. Bartin résume dans une phrase énergique le rapport entre le testament et l'intention libérale en disant à la page 282 « le testament et l'intention leur paraissent tellement liés l'un à l'autre que la seule existence du premier leur fait présumer l'existence de la seconde ». Fondée sur ces deux principes généraux, la nouvelle explication trouve un fort appui, car entre l'intention libérale et le testament existant une étroite liaison, la disposition du testament qui concrétise cette intention constitue la partie principale indépendante de toutes les autres clauses ajoutées. Sont-elles, ces clauses, possibles ? Sont-elles conformes aux lois et aux mœurs ? qu'elles exécutent ; ne le sont-elles pas ? qu'elles ne s'exécutent pas. La condition impossible, illicite et contraire aux mœurs ne peut en aucune manière affecter la disposition principale, l'intention libérale. Voilà l'explication appli-

quée seulement au testament nuncupatif. Voyons maintenant l'application aux autres formes plus anciennes. Nous devons avouer que sur ces explications nous n'avons rien à dire : elles sont admirables et nous les acceptons entièrement.

Il s'agit de testament fait *calatis comitis, in procinctu et per æs et libram*. Les comices qui approuvaient un testament faisaient une loi et ils ne pouvaient contredire les autres lois existantes ou les mœurs, donc une condition mauvaise ne pouvait s'insérer dans un testament fait sous cette forme. Quant au testament réalisé par mancipation, la condition mauvaise devait tomber. Une mancipation ne souffrait pas l'adjonction d'une condition, donc un testament fait sous la forme d'une mancipation n'était jamais soumis à une condition et pour qu'il le fût il fallait recourir à un autre moyen très bien montré par M. Bartin, «... c'était de faire, par celui auquel il avait mancipé son patrimoine, de le restituer à un tiers pour le cas où tel fait viendrait à se produire (1). » La condition était donc liée de l'obligation de l'héritier, acte tout à fait séparé de l'institution faite par le testateur. Et alors si la condition était mauvaise, l'obligation tombait comme tout acte à titre onéreux entaché d'une pareille condition sans atteindre l'institution.

Voyons maintenant comment M. Bartin explique la divergence d'opinion entre les proculiens et les sabinien en

---

1. Bartin, *op. cit.*, p. 287.

matière de legs. D'abord, lorsque le legs, comme le testament par mancipation, ne pouvait se réaliser que sous la forme d'un acte entre vifs, le legs tombait comme tous ces actes. Dans les autres formes de testament seulement peut se poser le problème qui se posait déjà depuis longtemps pour les institutions. Le legs est une disposition testamentaire qui ne se confond pas avec le testament. Il constitue un acte intermédiaire entre les actes entre vifs et les actes à cause de mort. Devant cette nature du legs les proculiens voulaient le rapprocher d'un acte entre vifs et lui appliquer, lorsqu'il était soumis à une condition mauvaise, le même effet. L'opinion des proculiens devait tout de même échouer parce que le legs s'approchait plutôt d'une disposition testamentaire. Nous arrivons enfin à la dernière explication donnée par M. Bartin en matière de donation. M. Bartin évite une critique lorsqu'il s'agit d'une donation. Dans une donation l'intention libérale existe et pourtant au lieu d'appliquer la même solution qu'en matière de testament les Romains appliquent les solutions données aux actes à titre onéreux. Comment cela arrive-t-il ? Est-ce que l'intention libérale fait ici défaut ? Non. L'intention existe et personne ne la conteste. Mais elle n'apparaît pas dans la forme sous laquelle les donations se réalisaient chez les romains. Les Romains faisaient les donations sous la forme d'une tradition, d'une stipulation, d'une mancipation, etc. Formes propres aux actes à titre onéreux ; soumises aux mêmes formes elles étaient condamnées à subir les mêmes effets. En un mot c'est une « raison forme » comme le dit

M. Bartin (p. 294) qui justifie la nullité d'une donation subordonnée à une condition mauvaise. Nous terminons ce long exposé de la théorie émise par M. Bartin et nous nous réservons dès à présent le droit de la réfuter quoique la chose ne soit pas facile.

Nous nous trouvons devant un système si bien construit et si bien soutenu par la raison et en apparence par les faits concrets, que nous éprouvons une certaine difficulté à l'écarter. Ce que nous encourage à attaquer cette théorie, c'est notre conviction souvent exposée et que nous rappelons encore, qu'on ne doit jamais chercher une explication qui contente seulement notre intelligence et qui s'éloigne de la réalité des choses. Ressusciter une ancienne institution, l'expliquer, ce n'est pas la juger à notre point de vue moderne, ce n'est pas construire des théories logiques là où ces théories ne peuvent pas être construites, mais c'est saisir l'esprit du milieu où ces institutions sont nées et les présenter comme un effet nécessaire des tendances de ce milieu. Tendances illogiques peut-être, et contradictoires en même temps entre elles ; peu importe, en les relevant nous avons expliqué l'institution et nous avons rempli consciencieusement notre tâche. C'est là le point de départ de notre critique adressée à M. Bartin. La théorie de M. Bartin est logique, elle est trop logique, et quoique en apparence correspondant aux principes du droit romain, elle est en contradiction avec d'autres principes plus puissants.

Nous ne contestons pas le principe de l'intention libé-

rale en matière de testament, mais ce que nous contestons c'est la grande importance qu'on lui donne en matière d'institution d'héritiers. Dans un testament il faut faire, chez les romains, une distinction remarquable entre l'institution et le legs, car chacune de ces parties est gouvernée par des principes différents. Le legs est une donation à cause de mort, dans laquelle, comme dans toute donation, l'intention libérale joue le rôle capital. Il faut que cette intention existe pour que le legs ait un sens quelconque. Au contraire l'institution, la partie du testament laquelle il ne pouvait pas exister, n'était pas en premier sans lieu régie par le principe *causa liberalis*. Il y avait un autre principe plus fort et plus conforme aux mœurs des Romains, le principe de laisser un continuateur de *sacra privata* et le principe de la répugnance des Romains de mourir *intestat*. Nous ne développerons pas ce principe dès à présent, car en exposant plus loin la théorie à laquelle nous nous attachons, nous aurons une meilleure occasion de lui donner toute son étendue. Retenons pour le moment cette affirmation qui sera prouvée, que l'institution d'héritiers était régie en premier lieu non pas par l'intention libérale, mais par le soin des Romains de ne pas mourir sans un continuateur des *sacra privata*. On ne pourra jamais expliquer la solution de notre problème juridique dans le droit romain par le principe de l'intention libérale tant qu'il en existera un autre — et il existe — qui explique mieux cette solution.

Revenons maintenant aux arguments en faveur de cette théorie.

Prenons les exemples donnés par M. Martin.

Pourquoi l'institution captatoire est-elle nulle dans le droit romain ? L'auteur nous dit : parce que l'intention libérale fait défaut. Est-ce vrai ? est-ce que cette intention libérale peut manquer, dans la théorie même de M. Martin.

M. Martin nous dit à la page 282, passage cité, qu'entre le testament et l'intention libérale existe une liaison si étroite, que la seule existence du premier fait présumer l'existence de la seconde. Il suffit que le testament existe pour que l'intention libérale se sous-entende. Appliquons ceci à notre exemple. Voilà une institution captatoire. Voilà donc un testament. Conclusion inévitable : l'intention libérale doit aussi exister, car la seule existence du testament présume celle de l'intention libérale. Et cette institution ne peut pas tomber à cause du manque d'intention libérale. Nous en terminons avec ce premier exemple en prouvant que par le principe, l'intention libérale abstraite, on ne peut pas expliquer l'annulabilité.

Prenons le second exemple donné par M. Martin. Il s'agit d'une institution faite sous cette forme : *Titius heres esto si mevius voluerit*, déclarée nulle parce qu'il lui manque l'intention libérale. Peut-être que le manque de l'intention libérale explique cette nullité, mais elle

l'explique moins bien que notre principe posé comme principe primordial en matière d'institution, Si on laisse à la volonté d'un tiers le fait que Titius soit héritier, on rend incerte l'institution, on menace le testateur de mourir *intestat*, de mourir sans un continuateur de ses *sacra privata* et c'est pour éviter cette conséquence fâcheuse que le droit romain annule une telle institution.

Arrivons maintenant au troisième exemple :

Le legs *nomine pænæ* est l'application la plus importante, nous dit M. Bartin, — pour nous la seule importante — de prouver l'intention libérale. Tous les interprètes approuvent que le legs *nomine pænæ* tombe, à cause que le principe de l'intention libérale n'existe pas encore. Ici il n'y a plus de doute : on est sûr que le legs est nul parce qu'il manque la *causa liberalis*, mais cette nullité ne fait autre chose que de mettre en pleine lumière notre opinion. Nous sommes ici devant un legs et nous avons affirmé que pour le legs l'intention libérale est le principe capital qui le gouverne, principe qui a été complètement remplacé par un autre en matière d'institution d'héritier. Nous n'insistons plus, parce que nous croyons que nous avons établi suffisamment comment le principe *causa liberalis* vrai pour les legs et les donations ne peut expliquer en rien la nullité des institutions faites sous une condition mauvaise. On ne peut pas trouver un moyen d'explication dans un principe qui d'après nous n'est pas celui qui gouverne l'institution d'héritier. On a voulu cons-

truire une théorie pour expliquer la solution romaine en partant d'un principe qui est moins important que celui exposé par nous. Sans doute, rationnellement ce principe est vrai, car qu'est-ce que c'est qu'un testament, sinon une donation, acte dans lequel l'intention libérale est tout, mais ce qui est vrai pour la raison ne l'est pas pour le droit romain. C'est pour cela qu'au commencement de ce paragraphe nous disons qu'il ne faut jamais chercher une solution qui contente seulement notre intelligence, mais qu'il faut descendre au milieu du peuple gouverné par les institutions que nous voulons expliquer et demander aux faits et seulement aux faits la réponse.

Nous en avons fini avec la réfutation de cette explication donnée par M. Bartin, et nous passons aux deux dernières explications sur lesquelles s'arrêtera le chapitre.

*D.* — Il s'agit d'une explication donnée par M. Lepelletier (1) que nous allons critiquer, non pas tant parce qu'elle est mauvaise — elle est au contraire bonne — mais en tant qu'elle n'est pas nouvelle. Pour remarquer l'identité entre l'explication de M. Lepelletier avec celle à laquelle nous faisons allusion, il faut les avoir toutes les deux en présence. Nous attendrons donc pour prouver cette identité d'avoir exposé aussi l'autre explication. Pour l'instant étudions cette explication illusoirement nouvelle.

---

1. Lepelletier, Thèse, p. 37.

M. Lepelletier trouve par la citation des ouvrages remarquables l'importance religieuse que les Romains donnaient aux dispositions testamentaires. Dans l'intention du testateur, ce n'était pas seulement de transmettre ses biens, mais surtout le soin de laisser un continuateur qui devra s'occuper du culte privé, culte tant respecté par les Romains. Il choisissait l'héritier parmi ceux qui étaient plus capables de remplir les *sacra privata*, c'était, comme nous l'avons dit, le but principal de l'institution.

Qu'est-ce que nous retenons de cette affirmation connue et prouvée de nouveau par M. Lepelletier ? Nous retenons que les Romains avaient un devoir sacré d'assurer avant leur mort la continuation ininterrompue du culte de leur famille.

Comme second argument en faveur de son explication, M. Lepelletier invoque un texte de Gaius (1) dans lequel le jurisconsulte romain nous révèle une règle « qui semble bien en parfaite harmonie avec cette conception » (p. 39). Gaius parle d'une cession d'hérédité qui, étant faite *in jure* par l'institué est nulle, et qui étant faite par l'héritier légitime est valable.

L'explication générale donnée aussi par Accarias (2) ne contente pas M. Lepelletier. On explique cette différence par le respect des Romains pour les dispositions des dernières volontés. Il en apporte une autre. Ce n'est pas ce

---

1. Gaius, II, § 36.

2. Accarias, 4<sup>e</sup> éd., p. 866.

respect dit M. Lepelletier, mais c'est le soin de ne pas permettre à l'institué de se décharger des *sacra privata* tout en profitant de la succession. Sur ce nouvel argument nous devons nous expliquer dès à présent, car nous n'aurions pas le loisir d'y revenir en exposant la dernière opinion. Accarias dit que c'est le respect pour les dispositions des dernières volontés qui peut expliquer la différence relevée par Gaius entre l'héritier légitime et l'institué. L'argument est tout à fait conforme au principe du droit romain. Le Romain était maître chez lui : chaque famille constituait une sorte de tout avec un culte, les *sacra privata* et avec un gouvernement laissé dans les mains du *paterfamilias*, il jugeait, il condamnait et sa parole était loi. M. Lepelletier croyant apporter une nouvelle justification de la différence entre la *cessio in jure* de la succession faite par l'institué ou par un héritier légitime, dit que ce n'est pas le respect pour les dispositions des dernières volontés du testateur, mais c'est le soin des Romains de ne pas donner à l'institué le moyen facile de se décharger des cultes privés, qui expliquent cette différence. Très bien et très acceptable. Mais les deux explications ne s'excluent pas. M. Lepelletier n'a pas remplacé l'ancienne explication il l'a seulement complétée. En effet, pourquoi les Romains ne voulaient-ils pas donner l'occasion à l'institué de se décharger de *sacra privata* ? Parce que c'était un blasphème de mourir sans avoir soin du culte privé, et le testateur qui a laissé un institué a eu ce soin. Donc pour respecter cette volonté on faisait la diffé-

rence entre la situation de l'institué et l'héritier légitime quand il s'agissait d'une *cessio in jure* de la succession. De ces deux arguments : le caractère religieux de l'institution de l'héritier et l'annulation d'une cession d'une succession par l'institué, M. Lepelletier tire la nouvelle explication, toute différente de celle dont nous nous occuperons un peu plus loin. M. Lepelletier croit qu'en matière d'actes entre vifs, la volonté est soumise à l'exécution de la condition mauvaise insérée dans l'acte et que dans l'acte des dernières volontés cette subordination n'existe pas, elle est même renversée à cause du caractère religieux de l'institution d'héritier, c'est-à-dire la condition mauvaise est chose secondaire et tout à fait séparée de la disposition principale qui doit être accomplie. Nous lisons à la page 46 : « Cette interprétation diffère absolument, il est à peine besoin de le dire, de la théorie que j'ai exposée (et que nous exposerons) et essayer de réfuter, et qui explique la décision des textes par la répugnance des Romains à mourir *intestat* ». Je retire ce passage pour montrer le sentiment de M. Lepelletier qui croit avoir apporté une nouvelle explication.

E. — Nous prenons la cinquième et dernière explication, celle que nous considérons comme la meilleure et que nous adoptons. Pour une meilleure intelligence de cette opinion, nous répéterons les mots même d'un des partisans les plus accrédités, nous voulons parler d'Accarias (1) :

---

1. Accarias, 4<sup>e</sup> éd., p. 866.

« Je ne puis expliquer une si profonde dérogation au droit romain que par la répugnance des Romains à mourir *intestat*. Leurs pensées est que le testateur a voulu par-dessus tout avoir un héritier testamentaire et plutôt que de faire une disposition inefficace, il eût lui-même supprimé la condition. Cette doctrine s'accordait si bien avec les mœurs romaines qu'elle paraît n'avoir jamais été discutée, et que nous trouvons admise aussi bien par Labéon que par Sabinus et Casius (L. 20, *De cond. inst.* — L. 6, § 1. *De cond. et dem*). La première objection qu'on fasse à cette théorie c'est d'expliquer cette solution par une faveur accordée aux dispositions testamentaires. Et pourtant nous ne pouvons pas comprendre cela comme un argument *a contrario*. Admettons qu'il y ait faveur. Mais la faveur ne peut-elle pas expliquer une solution ?

Et puis, les auteurs qui veulent expliquer autrement cette disposition du droit romain peuvent-ils écarter l'idée de faveur ? Nous croyons que non. Les adversaires écartent cette explication en disant encore que ce n'est pas une explication juridique ; en entendant, paraît-il, par explication juridique l'application d'un principe de droit avec toutes les conséquences possibles que la raison peut retirer, mais que la pratique peut-être ne connaît pas.

En principe, le droit romain dit qu'on doit interpréter strictement toute convention et toute disposition entre vifs ou à cause de mort parce que les Romains étaient un peuple juridique par excellence. La conclusion de

ce principe serait que toute disposition qui le contredit serait nulle. Donc la condition impossible, illicite et morale devrait annuler l'acte entièrement. Les Romains, les sévères Romains n'ont pas fait ainsi. Au lieu d'annuler ils ont considéré seulement la condition non écrite, parce que ce principe de stricte interprétation a rencontré un autre principe qui demandait une application immédiate. Les Romains tenaient à leur culte privé. Si on lit l'ouvrage de Fustel de Coulanges : *La Cité antique*, on peut voir comment l'édifice romain tout entier : l'individu, la famille, l'état, étaient fondés sur ce culte pour les morts. Il était pour eux le mobile du progrès, la force de résistance contre toute attaque. Lorsque tel était l'esprit de ce peuple, on peut très bien s'imaginer que cet esprit a eu une grande influence dans la confection des lois positives. Que pouvaient faire les Romains devant ce principe inébranlable que chaque *paterfamilias* devait avoir le soin de laisser un continuateur de ses *sacra privata* lorsqu'il s'agissait d'un testament fait sous une condition mauvaise ? Il a fallu donner priorité à ce principe et valider la disposition principale et laisser fléchir l'autre principe d'après lequel la stricte interprétation du testament devait le conduire à la nullité. Deux principes se sont rencontrés et ils se sont pénétrés. Pas annulation de l'acte, pas exécution entière qui serait absurde, mais conciliation. On annule ce qui est absurde et on retient la partie bonne. C'est une faveur si vous voulez, mais comme le dit très bien Accarias : « Cette doctrine s'accordait si

bien avec les mœurs romaines qu'elle paraît n'avoir jamais été discutée. »

Si nous avons justifié cette solution par l'entre-croisement de deux principes, nous n'avons pas eu l'intention de nous approcher de l'explication donnée par M. Lepelletier, mais pour donner toute la force à l'explication d'Accarias que nous adoptons.

Que veut dire : « Je ne puis expliquer une si profonde dérogation au droit commun que par la répugnance des Romains à mourir *intestat*. » Cela veut dire que la dérogation a été expliquée par cette répugnance et cela nous suffit. C'est ainsi que nous comprenons cette théorie. Il nous reste maintenant à réfuter encore quelques critiques qu'on lui apporte; mais auparavant nous profiterons de l'occasion d'écarter la prétention de M. Lepelletier de croire avoir donné une nouvelle explication. Dire que les Romains avaient une répugnance de mourir *intestat*, c'est dire l'effet sans parler de la cause, cause qui se sous-entend. En effet, ce n'est pas par un simple caprice que les Romains voulaient laisser un testament. Non ! c'était quelque chose de calculé chez eux, quelque chose d'imposé par l'esprit dans lequel vivait ce peuple. C'était l'esprit religieux dont j'ai parlé plus haut et dont M. Lepelletier a parlé aussi très amplement. Qu'est-ce qu'il a apporté de nouveau ? Rien. Est-ce que ceux qui disaient que les Romains avaient peur de mourir *intestat* ne disaient pas en même temps avec M. Lepelletier qu'ils avaient peur, parce qu'ils devaient laisser un continuateur de leur

*sacra privata* ? Oui ! ils le disaient, et c'est pour cela que la nouvelle explication de M. Lepelletier se confond avec celle que nous venons d'exposer. Analysons maintenant la critique, car l'explication ne restera pas debout si nous ne réussissons pas à écarter toutes les critiques apportées par les interprètes.

Une première critique qu'on apporte, c'est que cette explication tout en satisfaisant la solution donnée par l'institution de l'héritier n'explique pas l'application de la même solution aux legs et aux fidéicommiss (1). Un legs ou un fidéicommiss peut très bien être nul et si on considère la condition mauvaise comme non écrite, on ne peut dire, soutiennent les adversaires, que c'est parce que les Romains avaient la répugnance à mourir *ab intestat*. L'argument semble bon au premier abord, mais soumis à une analyse sérieuse, il change d'aspect. En effet, la répugnance n'explique pas l'application de la solution aux legs, mais elle n'empêche d'expliquer très bien la solution en matière d'institution d'héritier. La divergence entre les sabinien et les proculien prouve que ce qui était naturel pour l'institution ne l'était plus pour les legs. Condamnons les sabinien d'avoir fait cette extension, condamnons Justinien d'avoir confirmé, mais ne touchons pas à l'explication dernière, car elle est bonne. Quant aux legs et aux fidéicommiss nous disons comme Accarias (2)

---

1. *Institutes*, II, 14-15.

2. Accarias, 4<sup>e</sup> éd., p. 867.

que « tout ce que l'on peut pour l'expliquer, c'est que la jurisprudence céda outre mesure à son habitude d'interpréter les dispositions testamentaires d'une manière favorable à la personne gratifiée. »

Une autre critique relevée contre cette explication, c'est la suivante Citons les propres mots d'un de ces critiques « on était accoutumé à le considérer (on parle de droit romain) comme une législation rigide, où l'intérêt de ceux qu'elle régit n'est pris en considération que s'ils ont scrupuleusement observé ses règles. Il faut désormais rejeter cette interprétation générale et modifier cette vue d'ensemble, puisque la faveur dont jouissait le testament a pu relâcher en un point ce trame sévère des principes qui les gouvernaient » (1). Rejeter cette interprétation, modifier cette vue d'ensemble ? Pas le moins du monde. Il est vrai que la législation romaine était rigide, mais cela ne suffit pas pour écarter l'explication que nous croyons vraie et voilà pourquoi : on a vu qu'en matière de testament soumis à une condition mauvaise il y avait plusieurs principes qui intervenaient. Il y avait le principe qu'on doit interpréter strictement toute convention ou disposition entre vifs ou à cause des morts, mais ce n'était pas le seul, et à côté de celui-là, il y en avait un autre, tout aussi puissant que le premier, d'après lequel les Romains avaient peur de mourir *ab intestat* à cause des *sacra privata*. Ces deux principes existaient en droit romain depuis

---

1. *Bartin, op. cit.*, p. 262.

longtemps, ce qui faisait que la solution exceptionnelle donnée en matière d'institution héréditaire était aussi très vieille. Donc on n'a rien bouleversé, rien modifié de ce que nous étions habitués de connaître sur l'esprit du droit romain.

De toutes les explications données, qui ne sont pas moins de cinq, la seule acceptable c'est la dernière. Sur les motifs qui nous ont déterminé à l'accepter il est inutile de revenir, mais ajoutons quelques mots. Cette théorie est juste parce que loin de chercher à donner une explication strictement logique, inébranlable, appropriée à notre intelligence moderne et non conforme aux tendances du peuple romain, elle descend dans l'esprit même de ce peuple, et là-bas, en analysant les faits concrets, les seules choses capables de nous donner l'explication d'une solution, elle prend un de ces faits et l'érige, avec beaucoup de raison, comme explication de cette solution exceptionnelle. L'explication naît de la nature des choses, c'est pour cela qu'elle est la meilleure.

Avec ces considérations nous terminons l'étude critique sur notre problème en droit romain. Nous avons insisté un peu trop sur les différentes explications données, mais nous avons voulu voir qu'elle était la meilleure et si elle peut encore servir à expliquer les solutions données en droit moderne. L'explication romaine ne peut pas servir à expliquer par exemple l'article 900 du Code Napoléon, parce que les considérations qui existaient en droit romain sont très spéciales, et elles n'existent

plus en droit moderne français. Et comme cette explication ne peut expliquer le droit français actuel, elle ne pourra non plus expliquer les solutions données conformes au droit romain dans les pays modernes. Le droit romain ne nous donne pas la juste explication, nous devons en chercher une autre dans le droit français ancien, ou dans le droit intermédiaire. Mais le droit romain nous donne la permission de tirer encore une conclusion. Du moment que cette solution exceptionnelle de droit romain est donnée à cause d'un principe existant chez eux, et seulement à cause de ce principe, là où le principe n'existe pas, la solution tombera, et on adoptera comme solution générale celle donnée en matière des conventions.

Donc si nous, les modernes, demandons aux Romains quelle doit être la solution à notre problème, en dehors de toute faveur, nous trouverons la réponse que dans les actes onéreux ou gratuits, soit entre vifs, soit à cause de morts, l'effet de l'apposition d'une condition impossible, illicite et contraire aux mœurs sera la nullité de l'acte entier. Avec ces observations nous fermons le premier paragraphe de la méthode historique.

## II. — ETUDE DU PROBLÈME DANS LE DROIT ANCIEN FRANÇAIS

Laissons le droit romain et envisageons la question qui nous intéresse dans l'ancien droit français jusqu'à la

veille de la grande Révolution. Nous l'étudions dans l'ancien droit français avec l'intention d'y trouver peut-être une explication de la solution du droit français actuel ou d'y trouver un critérium plus solide pour donner une solution à ce problème dans une législation où elle n'est pas résolue. Nous avons vu que le droit romain ne nous donne aucune explication satisfaisante parce que le testament avec l'institution de l'héritier régit par des règles spéciales, n'existe plus dans le droit moderne. Tâchons de chercher une meilleure explication dans l'ancien droit français. Nous serons peut-être plus heureux.

Comment se présente le problème dans l'ancien droit français.

Le problème quant à sa solution est le même dans toute cette époque et quant à l'explication elle varie d'un auteur à un autre. Tous adoptent la solution du droit romain et quelques-uns admettent aussi l'explication romaine, d'autres écartent cette explication ou la compliquent sans la clarifier. Nous parlerons d'abord des auteurs qui ont cherché à expliquer le problème et ensuite d'autres qui s'arrêtent à donner seulement la solution. Depuis les temps les plus reculés, les jurisconsultes du droit ancien français se sont occupés de notre problème. Ainsi, on trouve même chez Beaumanoir une assez grande préoccupation. On lit (1) dans le chapitre « Des convenances » un passage qui donne la solution du problème en matière

---

1. Chap. XXXIV, n° 2. Des convenances, Ed. Beugnot, VI, 2. Nous tirons tous les renvois sur Beaumanoir de l'ouvrage de M. Bartin, déjà cité.

d'actes onéreux. Nous le citons : « Toutes convenences sont à tenir et por ce, dit-on, « convenences lois vaint » exceptés les convenences qui sont fetes par malvèses causes ; si comme se uns hons convenence à un autre qu'il tuera un home por cent livres, ou afolera ou batera, tout soit ce que cil qui fera ce qu'il li a convent du batre ou du tuer, n'est pas cil tenus à paier les cent livres qu'il li convenencha ; car tex convenences ne sont pas à tenir. »

D'après ce texte nous voyons que la solution romaine est maintenue en matière de contrat. Beaumanoir parle seulement des « malvèses causes ». Ainsi il paraît que l'auteur parle seulement de la nullité d'une convention faite avec une mauvaise cause. Mais d'après l'exemple qui suit « si comme se un homs convenance à un autre qu'il tuera un home pour cent livre ». On voit que sous le nom de « malvèses causes » il veut entendre aussi les conditions illicites et immorales. La solution s'étend donc aussi à notre problème. Dans un autre chapitre Beaumanoir s'occupe de la question en matière de dons (1). « Cascuns doit savoir que tout li don qui sunt fet contre Diu ou contre sainte Eglise, contre le commun profit, contre bones mœurs, ou en desiretant autrui, ne font pas a tenir, ançois doivent estre depecié, et anienti comme cil qui sunt de nule valeur. Et aussi disons-noz que nule promesse qui

---

1. Des dons outrageux, n° 2. Ed. Beugnot, II, 497.

soit fete contre aucunes des cozes dessus dites, ne doit estre païée ».

Dans ce passage plus clair que dans l'autre Beaumanoir vise directement les conditions impossibles et immorales qu'il appelle « contre Diu » où il maintient encore la solution romaine, c'est-à-dire la même solution qu'en matière de contrat : la nullité de la donation. Enfin nous citons un dernier passage en matière de legs (1). « Por ce toutes les fois que lais est fais par condition, cil qui les veut avoir, doit fere seurté as exécuteurs du mort qu'il a emplira le condition, exeptés les conditions qui sont contre Dieu ; si comme s'aucuns disoit par erreur en son testament : « Je laisse à Pierre cent livres en tel « manières qu'il me venge de Jehan qui me bati » tex lais et tex conditions sont de nule valeur, car s'il avoit Jehan batu, ne porroit-il emporter ce qui li fu convenancié par la réson de le laide œuvre. Nē nul testaments ne doit mie estre fes selon cruauté, mais selon miséricorde. Et aussi ont li aucun laissié aucune fois à lor femes, oules femes à barrons par tele condition que cil qui survivrait ne se remariast pas ; mais tele conditions est contre Diu ; et por ce noz est il avis en cest cas, que cil qui sorvit n'est pas tenus à emplir la condition s'il ne le creanta a celi qui fist le testament ou s'il ne voua castée. Et si ne doit pas por ce perdre le lais, car resons d'amour et d'aumosne donne que li uns pot laissier à l'autre et bien en doivent être ostées des malvèses conditions. »

---

1. Chap. XII. Des testaments, n° 55. Ed. Beugnot, I, 297.

Le texte est confus, mais nous allons voir ce qu'il vise. D'abord nous constatons ici une extension de la solution des contrats et donations au legs, car dans l'exemple donné comme une condition contre « Diu » nous avons une condition contraire aux mœurs qui devrait valider l'acte et rendre non écrite la condition. Eh bien, les choses ne se passent pas ainsi. « Tex lais est tēx condition sont de nulle valeur. » Donc même solution que pour les actes à titre onéreux. Dans la seconde partie du passage cité nous rencontrons une autre solution parlant de la condition de ne pas se marier qui est considérée toujours comme une condition « contre Diu » et dans laquelle il donne une autre solution « que cil qui sorvit n'est pas tenu à remplir la condition ». Donc il donne la solution romaine en exceptant tout de même le cas où il a existé une entente entre le testateur et le bénéficiaire du legs. Nous retenons de ces deux solutions contradictoires en matière de legs, relatives toutes les deux à une condition « contre Diu » une première façon de voir de Beaumanoir, c'est qu'il a voulu appliquer la solution des contrats en matière de legs chaque fois qu'une entente entre le testateur et le légataire existe. La dernière partie du passage renverse la solution posée par Beaumanoir au commencement et ce qui paraissait principe général devient à la fin exception.

En effet une entente entre le testateur et le légataire est chose rare ou du moins chose impossible à prouver, donc quoique le texte nous conduise à la conclusion qu'aux

legs on applique la même solution que pour les contrats lorsqu'il y a entente entre le disposant et le bénéficiaire, comme cette entente est rare, l'exception devient règle générale. Donc dans un legs la condition tombe et la disposition reste valable. D'ailleurs à la fin du passage, Beaumanoir revient à la même solution générale en disant : « et bien en doivent être ostées les malvèses conditions ».

Avec cette explication nous croyons avoir fait disparaître une contradiction que Beaumanoir ne voulait certainement pas commettre. D'après les citations faites on voit que le problème dans les ouvrages de Beaumanoir est résolu absolument comme en droit romain. Il reste à savoir quelle est l'explication de la solution exceptionnelle en matière de legs. Beaumanoir ne donne pas une explication précise. Il laisse entendre une raison qui ne correspond pas avec celle adoptée par nous en droit romain, quoique nous avons vu que les solutions sont identiques. Il ne pouvait même pas donner la même explication, car le testament avec institution d'héritier n'existait plus en droit ancien français, et ce serait une faute condamnable de conserver une telle explication. Il nous en laisse entendre un autre. Dans la dernière partie du texte il nous fait comprendre que dans les donations notre problème reçoit une solution différente que dans le legs, parce que dans une donation le donateur a participé à l'insertion de la condition et qu'il pouvait très bien la rendre bonne, tandis que dans les legs cette participation n'existant pas le légataire ne doit pas souffrir d'un acte auquel il n'a

pas pris part. Ce sont les deux explications que Beaumanoir fournit pour la solution qu'il adopte. Laissons Beaumanoir et passons à un autre jurisconsulte qui donne la même solution, mais qui cherche à donner d'autres explications. Je veux parler de Ricard (1). Cet auteur nous dit dans son ouvrage sur les *Dispositions conditionnelles* : « La substance de la condition consiste dans la suspension de l'effet et de l'exécution des dispositions auxquelles elles se trouvent attachées, tellement que lorsque ces qualités ne se rencontrent pas dans une clause qui est toutefois apposée par forme de condition, il est vrai de dire qu'elle n'en a que l'apparence, qu'elle n'en peut avoir l'effet et qu'elle ne doit pas être du moins en qualité de condition ce qui fait que le legs accompagné de semblables clauses, s'il n'est pas d'ailleurs qualifié, doit passer pour pur et simple d'autant que dans le combat d'une prétendue condition qui ne peut pas subsister et d'un legs qui a pour fondement la volonté du défunt il n'y a pas de difficulté que la condition doit s'évanouir et le legs demeurer en sa force vu même que le testateur a témoigné qu'il aimerait mieux que la chose appartint au légataire qu'elle demeurât dans sa succession. De sorte que n'ayant eu la pensée de lui ôter que dans l'événement d'une condition qui se détruit soi-même, il n'y a pas de doute qu'elle doit lui demeurer absolument.

« S'il apparaissait clairement que l'intention du testateur

---

1. Ricard. *Dispos. condition.* Ed. 1755, II, 155, n° 223.

en était de rendre le legs inutile par la position d'une condition impossible ou qu'il crût que la condition fût possible, je ne doute pas qu'en ce cas le legs devrait demeurer sans exécution, non pas en vertu de cette condition qui, comme nous l'avons dit, ne peut produire de soi le même effet, mais par la force de la volonté expresse ou du moins présumée du testateur par des puissantes conjectures autres que celles qui naissent de la nature de la condition. »

Nous avons reproduit le passage complet de l'ouvrage de Ricard pour faire ressortir mieux l'explication donnée par lui. Ricard donne la même solution que les Romains, mais lorsqu'il veut l'expliquer il se trouve très embarrassé et alors il construit plusieurs théories explicatives. En lisant le texte, on voit qu'il établit une première explication fondée sur la volonté du testateur, qui préférerait que le legs revint au légataire que de rester dans la succession. A côté de cette première explication il en donne une seconde. Il parle aussi de la théorie de séparation de la partie principale de l'acte, et de celle secondaire qui est la condition, et en tire que par conséquent la condition n'ayant aucune influence sur la disposition principale qui est déterminée par l'intention libérale, le legs peut rester pur et simple ; explication insuffisante, car on pouvait très bien l'appliquer aussi aux donations, étendre la donation valable purement et simplement, ce qui contredit la solution donnée par Ricard. D'ailleurs il a remarqué cette insuffisance en cherchant à la compléter

par une autre qu'il expose dans son ouvrage sur les donations et legs (1) et par laquelle il explique la solution différente entre donation et legs par l'idée de participation à l'acte, dans les donations et la non-participation dans les legs. Comme on voit, il ne lui a pas suffi d'une seule explication, il en donne trois. Malheureusement en matière d'explication moins on en fournit mieux cela vaut. Passons maintenant en revue des auteurs qui gardant la solution romaine, ne cherchent pas à l'expliquer ou laissent sous-entendre l'explication donnée par les Romains. Nous voulons parler de Furgole et de Pothier. Dans un ouvrage de Furgole (2), nous trouvons un passage où il parle du sort de la condition impossible, illicite et immorale. Nous y lisons : « Nous avons dit que la condition absolue de ne pas se marier est rejetée dans les dispositions testamentaires ou à cause de mort ; mais si elle est apposée aux contrats, elle ne sera pas rejetée parce qu'il faut autrement raisonner dans le contrat qui fut l'ouvrage des deux ou de plusieurs personnes qui stipulent selon leurs vues leurs intérêts ; d'ailleurs si l'on pouvait considérer une telle condition, comme contraire aux bonnes mœurs, elle annulerait la convention selon la loi 55 § 1 (*de verb. obligat.*) ». Dans ce texte nous voyons que Furgole adopte la solution romaine en matière des conventions. Donc annulation de l'acte, si la condition est

---

1. Ricard. *Disp. condition*, p. 156, n° 228.

2. Furgole. *Test.*, chap. VII, sect. II, n° 56, éd. 1779.

mauvaise. Dans le même ouvrage de Furgole, nous lisons un passage qui nous intéresse beaucoup. « Les conditions déshonnêtes ou contre les bonnes mœurs sont rejetées et regardées comme non cachées. On regarde sur le même pied tout ce qui blesse la piété, la religion, la pudeur, la réputation et généralement tout ce qui est contraire aux bonnes mœurs, etc. » Nous sommes en plein droit romain, car ce texte se réfère seulement aux testaments (1). Furgole embrasse donc entièrement la solution romaine. Voyons maintenant qu'est-ce qu'il décide Pothier. D'avance nous savons que cet auteur a été très influencé par le droit romain, et qu'il ne s'en éloignera pas comme dans toutes les solutions données par lui. Nous y trouvons le passage suivant intéressant (2) : « La condition d'une chose impossible, illicite ou contraire aux bonnes mœurs, sous laquelle quelqu'un permettant quelque chose rend l'acte absolument nul, lorsqu'elle est *in faciendo* ; et il n'en naît aucune obligation, comme si je vous avais promis une somme sous cette condition si vous faite un triangle sans angles ou sous celle d'aller tout nu dans les rues. » Solution romaine. Et puis plus loin : « il en est assurément dans les testaments (justement comme chez les Romains), les legs qui seraient faits sous de pareilles conditions, n'en sont pas moins valable et la condition est regardée comme non écrite et que la faveur des dernières

---

1. Furgole. *Test.*, chap. VII, sect. II, n° 30, éd. 1779.

2. Pothier (Ed. Bugnot, *Traité des oblig.*, II<sup>e</sup> partie. Chap. III, art. 1, § 2, n° 204, II, 95).

volontés a fait établir ». Pothier comme Furgole admet en matière de legs la solution romaine. Mais cette solution avait un sens chez les Romains, au contraire la transporter dans le temps de Pothier et garder la même explication c'est faire une grande erreur.

De toute cette longue étude sur l'ancien droit français, avec des longues et fatigantes citations qu'est-ce que nous pouvons retenir pour l'intelligence de la solution moderne ? D'un côté la solution donnée par l'ancien droit français ne peut pas constituer un fondement de la solution du Code Napoléon, d'abord parce que nous allons voir que la solution de l'article 900 se fonde sur la solution donnée par le droit intermédiaire qui est imposé par des considérations étrangères au droit ancien, et ensuite parce que l'ancien droit français est si embrouillé qu'il est impossible d'en détacher une bonne explication. Lorsque les auteurs veulent expliquer autrement la solution de notre problème, donnée d'après le droit romain, ils se perdent dans toutes les explications, sans avoir la possibilité de nous présenter une solution claire, et lorsqu'ils gardent l'explication romaine, la solution devient irrationnelle.

Si pour le Code Napoléon nous ne trouvons aucune explication dans le droit ancien français, les mêmes considérations nous donnent le droit de conclure que, pour proposer une solution jurisprudentielle, dans un pays où un texte de loi n'existe pas, nous ne pouvons pas recourir à l'ancien droit français. Donc nous pouvons retenir pour le moment la conclusion suivante : L'ancien droit français

comme le droit romain n'explique pas le droit français actuel, ni ne nous donne pas la possibilité de créer une nouvelle solution là où le problème n'est pas encore résolu définitivement, et par conséquent nous n'avons pas le droit de donner la solution romaine si nous ne trouvons pas un fondement acceptable pour nos temps.

### III. — ETUDE DU PROBLÈME DANS LE DROIT INTERMÉDIAIRE

Dans ce paragraphe nous allons nous occuper de l'état du problème dans le droit intermédiaire. Si dans le droit romain nous avons une grande difficulté d'expliquer la solution de notre problème, et si dans l'ancien droit français l'explication est confuse, dans le droit intermédiaire les choses changent, et nous rencontrons dans cette époque féconde en lois et projets, des lois et des projets établissant des solutions tout à fait explicables, soit par les nécessités sociales et politiques, soit par les principes du droit. L'Assemblée constituante voulait s'occuper d'une loi sur les successions, mais comme le temps manquait, on s'intéressa à un seul article, dans lequel on posait une solution demandée par les besoins politiques, relative au sort de la condition mauvaise en matière de donation et de testament. Nous citerons cet article, qui porte le numéro 32 : « Toute clause impérative ou prohibitive, qui serait contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, qui porterait atteinte à la liberté religieuse du donataire,

héritier ou légataire, qui gênerait la liberté qu'il a, soit de se marier, même avec une telle personne, soit d'embrasser tel état, emploi ou profession, qui tendrait à le détourner de remplir les devoirs imposés ou d'exercer les fonctions déferées par la constitution aux citoyens actifs et éligibles, est réputée non écrite. » De l'ensemble de cet article on voit qu'il était un texte impératif et qui ne pouvait plus être interprété d'après l'intention du disposant, comme en droit romain et dans l'ancien droit français. C'était une loi politique faite contre les particuliers qui par leurs dispositions particulières voulaient éluder les principes nouveaux de la société française, principes établis par la grande Révolution.

Le rapporteur de la loi Barrère, dans un admirable discours, montre le péril qu'il y aurait à en écarter cet article. Nous lisons dans une partie de son rapport(1) : «... la haine de la révolution se cachera sous les formes respectables de la volonté des mourants ou de la générosité des donateurs. Les mariages seront empêchés, les mœurs seront altérées, des legs seront interceptés, des hérédités même seront chargées des conditions impolitiques, immorales et intolérantes. Enfin, l'aristocrate, l'intolérant et l'ennemi des principes de notre constitution commanderont encore dans le tombeau. » On avait peur de voir revivre et s'imposer indirectement les anciennes formes injustes de la société.

On a rédigé cet article si clairement qu'on énumère les

---

1. Séances de lundi 5 sept. 1791. *Moniteur*, 6 pag. 1036, col. 2.

motifs qui constitueront des conditions mauvaises, motifs qui prouvent la nature politique de la loi. La solution donnée est nouvelle par rapport au droit romain et à l'ancien droit français. On ne fait pas de distinction entre les donations et les legs. Dans toute disposition gratuite, la condition illicite ou contraire aux mœurs est réputée non écrite. Solution rationnelle, car les motifs politiques l'imposent aux donations et aux legs. A côté de cette différence entre le droit ancien et le droit romain, par rapport au droit intermédiaire, il y en a encore une autre. Le droit romain parle de conditions impossibles comme des conditions illicites et contraires aux mœurs. Toutes sont soumises aux mêmes effets. La loi faite par l'Assemblée constituante ne parle que de la condition illicite et contraire aux mœurs et laisse de côté la condition impossible; différence importante et imposée par les motifs politiques. En effet, le motif capital qui a déterminé le législateur de la Constituante de considérer non écrites ces conditions, au lieu de considérer l'acte entièrement nul était la peur que la condition ne s'exécutât pas, car le bénéficiaire d'une donation ou d'un legs, s'il était menacé de voir l'acte annulé, devait s'efforcer de réaliser la condition pourvu qu'il profitât de la disposition. Pour ne pas obliger le bénéficiaire à exécuter la condition on lui en a laissé le profit entier. Ce motif explique aussi pourquoi on écarte cet effet pour les conditions impossibles. On avait peur que la condition ne s'exécutât pas, cette peur n'a plus de sens lorsque l'impossibilité existe parce que la condition ne

pourra jamais s'exécuter. L'article 32 a deux caractères qu'il faut relever dès à présent. C'est une loi de précaution pour les principes qui gouvernaient la France après la Révolution. En second lieu c'est une peine pour le disposant, car ne considérant pas les conditions de la disposition, on ne considère pas non plus la volonté du disposant, surtout que les conditions étaient pour ce temps la partie essentielle. M. Lepelletier dans sa thèse ne veut pas donner le caractère d'une peine à cette loi, et garde seulement le caractère de précaution. Nous ne croyons pas non plus que le législateur de l'Assemblée constituante ait pensé d'abord punir le disposant, mais, en fait, la volonté du disposant est méprisé, et on peut dire qu'indirectement il est puni. Sans doute le testateur ne souffre pas de ce mépris, mais le donateur en voyant sa volonté non réalisée ressentira la peine. D'ailleurs ce n'est qu'une question de mots ; elle n'a aucune importance. Le principal est que cette loi a été déterminée par des considérations politiques et qu'elle est logique et claire. L'article 32 fut voté, mais cette loi ne dura pas longtemps sous la forme qu'elle avait d'abord reçue. Devant la Convention plusieurs projets et plusieurs lois qui contredisaient l'article 32 ont été présentés. En 1793 le 9 août Cambacérès présenta un projet qui donnait une solution tout à fait différente de celle de l'article 32 de la loi de 1791.

D'abord il assimilait la condition impossible à la condition illicite et contraire aux mœurs, et ensuite il donnait une solution nouvelle tout à fait différente du droit romain

et de l'ancien droit français en annulant les actes à titre gratuit soumis à une pareille condition comme on annulait les donations et les conventions. La loi de la Constituante, nous le disions, était logique et claire, le projet de Cambacérès a les mêmes qualités. En effet, il ne tient plus compte des inquiétudes de Barrère, de voir revivre les vieilles formes de la société, il pose un principe entièrement acceptable : le respect absolu de la volonté du disposant. Exécuter une partie de la disposition faite pas le disposant, c'est scinder la volonté et on n'a aucun droit de le faire. A-t-il soumis la disposition à une condition mauvaise, c'est qu'il voulait que la condition s'accomplisse, et comme la loi ne peut pas permettre l'accomplissement d'une pareille condition, la disposition s'évanouit. Dans le système de Cambacérès il fallait rapprocher l'impossibilité de l'illicéité et de l'immoralité. Si l'impossibilité était physique on demandait une chose impossible par la nature des choses. Si elle était juridique, c'était une impossibilité de droit. Dans un cas comme dans l'autre il voulait que cette condition s'accomplisse. Et comme ceci ne pouvait pas arriver, la disposition devait tomber. On a beaucoup critiqué ce rapprochement fait par Cambacérès qui est resté quand même dans tous les autres projets.

Pour nous le projet de Cambacérès n'est pas critiquable, car il donne une solution conforme à un principe : le respect de la volonté du disposant. Et il a été obligé, comme nous l'avons vu, de réunir quant aux effets la condition impossible et les autres sortes de condition. La réforme de

Cambacérès n'a pour le moment aucun écho dans la Constituante, surtout que deux lois : celle du 5 brumaire an II (art. 1) et celle du 17 nivôse an II (art. 12) renforcent la solution de la loi 1791 sous la Constituante. Remarquons que dans ces deux lois on ne fait pas la confusion quant aux effets entre la condition impossible et les autres. Cambacérès influencé par ces tendances de la Convention, change son projet et présente le 23 fructidor an II un second projet où dans l'article 105 il décide (1) : « Dans toute espèce de donation les conditions impossibles, les dispositions contraires aux lois et aux bonnes mœurs, celles qui porteraient atteinte à la liberté du donataire et aux droits de l'homme et du citoyen, sont réputées non écrites. » Ce projet est reçu par la Convention qui ne s'était pas aperçue du rapprochement entre les conditions impossibles et les autres. Cette fois-ci le rapprochement n'est plus logique car consacrant la solution de la loi de 1791, pour être logique, comme nous l'avons dit, il fallait garder cette solution seulement pour des conditions illicites et immorales.

Le troisième projet de Cambacérès reproduit dans l'article 551 la même solution. Et Jacqueminot dans un autre projet, garde la même solution dans l'article 32 où nous lisons (2) : « Dans toute disposition entre vifs ou à cause de mort, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux mœurs, celles qui portent atteinte à la liberté

---

1. Fenet, I, 22.

2. Fenet, I, 373.

du donataire ou au droit de l'homme et du citoyen, sont réputées non écrites. » D'après cet aperçu général de la solution donnée à notre problème dans le droit intermédiaire, nous constatons que celle donnée par la Constituante s'imposa pour toute cette époque. Ceci nous donne la croyance que la rédaction de l'article 900 du Code Napoléon a été faite sous l'influence de la loi de 1791, maintenue en principe jusqu'à la confection du Code Napoléon. Quel enseignement pouvons-nous tirer de ce paragraphe qui, avec les deux antérieurs, constitue la méthode historique, c'est-à-dire quel éclaircissement pouvons-nous recevoir des solutions données à notre problème à travers les siècles. En droit intermédiaire nous apprenons une chose, c'est que les préoccupations politiques peuvent constituer un motif de confection de loi, mais seulement pour une courte époque, époque dans laquelle les besoins politiques demandaient une solution adéquate et que ces lois faites pour le moment et en dehors des principes généraux du droit, doivent disparaître au moment où le motif actuel disparaît. De cet étude sur le droit intermédiaire, nous apprenons encore que la disposition de l'article 900 du Code Napoléon est née des mêmes motifs que celui de la loi de 1791, en d'autres mots le droit intermédiaire explique la solution du Code Napoléon. Mais s'il l'explique cela ne veut pas dire qu'il la justifie, et nous allons voir dans le chapitre où nous critiquons l'article 900, que la disposition n'est pas justifiée. En même temps l'étude sur le droit intermédiaire ne sert pas

du tout à créer une solution analogue dans le pays où une pareille solution n'existe, car il faut trouver les mêmes besoins politiques pour en donner la même solution.

\* \* \*

Nous n'en n'avons pas terminé avec la partie historique de notre ouvrage, car nous allons terminer ce chapitre avec un paragraphe dans lequel nous traiterons de deux législations anciennes de la Roumanie. Mais comme l'étude de ces deux législations ne peuvent pas servir pour la solution de notre problème dans le droit moderne, nous essaierons de résumer, avant de les traiter, les conclusions où nous a conduit l'étude historique. Nous avons interrogé le droit romain, le droit ancien français, le droit intermédiaire. Que nous a appris cette incursion dans l'histoire du droit ?

Nous ne reviendrons plus ni sur les solutions ni sur les explications données, mais nous voulons mettre en relief les conclusions de la méthode historique. Nous avons vu que l'histoire en droit a deux tendances, ou bien d'expliquer une solution existante, ou bien de préparer une solution lorsqu'elle n'existe pas. Le droit romain ne peut expliquer aucune solution moderne, car ces *sacra privata* n'existent plus, donc cette explication n'a pas de sens. Ensuite, le droit romain s'expliquant seulement par ces *sacra privata*, nous ne pouvons pas accepter la sanction. Le droit romain nous conduit donc, comme nous avons eu l'occasion de le dire, à une solution contraire,

c'est-à dire à la solution d'étendre l'article 1172 aussi aux actes à titre gratuit.

Le droit ancien gardant la solution romaine ne fait autre chose que renforcer notre conclusion tirée de l'étude du droit romain relatif à notre problème. En effet, les multiples explications données dans l'ancien droit français prouvent la difficulté pour les jurisconsultes d'en trouver une, celle des Romains n'étant plus acceptable.

Enfin le droit intermédiaire impose une loi, avec une solution différente de la loi romaine, mais imposée par les besoins politiques, bonne tant que ces besoins existent, mauvaise après. Loi passagère, qui ne peut pas servir d'exemple pour une législation où une solution de texte sur notre question n'existe pas, mais qui étant encore dans l'esprit des rédacteurs du Code Napoléon, a imposé peut-être, nous allons voir plus loin, la rédaction de l'article 900.

#### IV. — ETUDE DU PROBLÈME DANS LE CODE CALIMAH ET LE CODE CARAGEA

Puisque nous nous sommes proposé d'étudier à fond le problème dans deux législations, l'une qui a consacré législativement une solution (la législation française); une autre qui n'ayant pas un texte de loi relatif à notre problème est contrainte à donner des solutions jurisprudentielles en tenant compte du droit historique, de la législa-

tion comparée et de la doctrine en général, nous avons choisi comme seconde législation celle de notre pays.

Nous donnons à toutes les questions qui se rapportent à ce pays une grande extension parce que nous entendons présenter une opinion bien fondée dans cette question si intéressante. Comme la tradition d'un peuple explique le présent, les législations antérieures peuvent expliquer ou compléter les législations modernes. Dans ce paragraphe nous étudierons la solution donnée par deux Codes importants qui ont gouverné les deux principautés roumaines ; la Valachie et la Moldavie entre 1817 et 1832. C'est le Code Caragea en Valachie et le Code Calimah en Moldavie, nommé ainsi du nom des princes qui gouvernaient les principautés. Nous exposons d'abord les solutions données par ces deux Codes, pour voir dans la suite quel horizon elles peuvent ouvrir pour une solution dans notre droit actuel.

Le Code Caragea est très pauvre en disposition de cette matière. Nous trouvons un article relatif aux conventions dans lequel nous voyons qu'il a conservé la solution romaine (1). « La convention contre les lois et les bonnes mœurs est nulle. »

Les conventions sont nulles lorsqu'elles sont entachées d'une condition illicite ou immorale. Comment résoudrons-nous le problème en matière de donations et de testament

---

1. Code Caragea. *Tocmeala impotriva parvilelor si a naravurilor celor bune nu se tocmește.*

dans cette législation ? Appliquerons-nous le droit romain ? Ou allons-nous admettre que le principe énoncé dans l'article cité a une portée générale ? qu'il doit donc s'appliquer aussi aux testaments et donations ?

Une courte étude interprétative nous éclaircira. Si la nouvelle loi ne donne pas une solution sur une question quelconque, la tâche de l'interprète est de demander les législations antérieures et si les principes des lois anciennes ne sont pas en contradiction avec les principes de la loi moderne, alors nous pouvons accepter la solution d'une ancienne législation. Dans le Code Caragea il n'existe pas un article abrogatif des lois antérieures, donc nous pouvons consulter ces lois sur notre problème.

Si on fait une étude historique des législations de l'ancien droit roumain, étude sur laquelle nous n'insisterons pas, on remarque qu'à côté de toutes les législations qui gouvernaient notre pays dans un temps donné, il y avait aussi le droit romain. Ce dernier complétait les lacunes, comme il les complétait dans le Midi de la France. C'était le droit romain de Justinien conservé par les *Basilicales* d'un grec Arménopoulos. Notre raisonnement nous conduit à la conclusion que le Code Caragea devait être complété par le droit romain. *Impossibiles conditiones in testamentis pro nulis habetur*, disaient les Romains, donc nécessairement nous admettrons pour le Code Caragea la validité du testament comme pure et simple lorsqu'il est entaché d'une condition mauvaise.

Quant aux donations, on les mettra à côté des conventions comme dans le droit romain. Passons à l'autre Code et ne gardons pour le moment qu'une seule chose : c'est qu'avec le Code Caragea nous sommes en plein droit romain.

Le Code Calimah est une copie presque fidèle du Code autrichien. Il contient beaucoup des dispositions relatives à la question qui nous intéresse. Cette filiation pourrait nous conduire d'avance à la conclusion que relativement à notre problème, nous rencontrerons la solution autrichienne. Eh bien ! ce n'est pas tout à fait vrai. L'étude rapide de notre question dans ce Code nous prouvera qu'en cette matière les traducteurs du Code autrichien se sont rapprochés de la solution romaine. D'abord, écartons un malentendu.

Dans l'article 1194 (1) notre Code dit : « Les dispositions relatives aux conditions de dernière volonté sont valables en général même pour les conditions des obligations ».

Cet article paraît assimiler les conventions et les testaments ; mais l'article suivant, 1195 (2), nous dit autre chose : « Les mots qui expriment ce genre des conditions (c'est-à-dire mauvaises) étant mis aux dispositions de

---

1. Randuelile pentru conditule vointei cei de peurma (863-881) au tarie in deobste la conditule cele puse la temeli.

2. Cuvintele urmate sub acest fel de conditū, car punandu-se la vointele cele de urma se socotec at fi nepusa, ramanand fara putere, art. 877-881.

dernière volonté, sont considérés comme non écrits, restant sans valeur ».

Par cet article, nous sommes éclairé en matière de testament, on n'applique donc pas la même solution qu'en matière de convention et pour être complet reproduisons l'article 881 (1) qui tranche la question définitivement. « La condition impossible est réputée nulle, par conséquent, quiconque prendra sans empêchement ce qu'on lui a laissé sous pareilles conditions... »

Est-ce du droit autrichien ou du droit romain ce que nous lisons dans ces articles ? Rapportons la solution autrichienne et cherchons ensuite ce que nous pourrions ajouter. Nous résumons ici la solution autrichienne sur laquelle nous insisterons davantage dans un prochain chapitre. Le Code autrichien établit une distinction entre la condition suspensive et la condition résolutoire, en acceptant la solution romaine lorsqu'il s'agit d'une condition résolutoire et en annulant complètement l'acte lorsqu'il s'agit d'une condition suspensive. Le Code Calimah n'établissant pas cette distinction est donc loin de la solution autrichienne. Nous retenons après cette étude sur le Code Calimah, qu'ici comme dans le Code Caragea, nous sommes en plein droit romain, avec la seule différence que dans le Code Calimah nous avons des articles qui précisent la solution et nous dispensent de chercher la réponse dans

---

1. Condita peste putinta se socoteste nimica, deci va lua nestine fara impedicare acela lasate lui cu asemenea conditii.

une législation antérieure. De quelle importance sera, pour le droit roumain actuel, l'étude de ces deux législations. Nous ne tiendrons pas compte d'une opinion, sur laquelle nous reviendrons avec beaucoup de détails, et en vertu de laquelle ces deux Codes sont encore en vigueur dans notre pays. Nous les regardons comme des législations tombées dans l'histoire du droit et c'est pour cela d'ailleurs que nous les avons étudiées dans la partie historique de cet ouvrage. Où nous conduit l'étude des Codes Caragea et Calimah ? Elle nous a mené au droit romain et elle ne peut pas nous mener plus loin. Nous répétons et nous le répéterons chaque fois que l'occasion se présentera, que la solution romaine ne peut pas être acceptée en droit moderne parce que l'existence de cette solution en droit romain est due à un principe qui n'existe plus chez nous et que donner la solution romaine, c'est donner une solution irrationnelle, car elle reste sans explication. Le droit moderne n'a rien à demander au droit romain relatif à notre problème, Et notre pays n'a rien à demander aux deux législations antérieures. Les jurisconsultes qui se fondent sur elles, se fondent sur quelque chose de fragile.

---

## CHAPITRE III

---

### INTRODUCTION A LA MÉTHODE DE DROIT COMPARÉ

---

Nous entrons maintenant dans un chapitre qui joue un rôle très important dans l'étude d'une question de droit. Nous parlerons de l'état de notre problème dans les législations actuelles d'autres pays. On a pu voir dans le chapitre introductif que le droit comparé à une force interprétative, il est une méthode comme le droit historique, comme la doctrine et comme la jurisprudence. Nous étudierons notre problème dans le droit actuel d'autres pays, avec le désir de tirer une conclusion, en cette matière, qui nous servira beaucoup dans les deux autres chapitres suivants lorsque nous poserons le problème dans le droit français et le droit roumain.

Pour le droit français les conclusions de ce chapitre n'auront pas la force de pouvoir changer la solution, parce que nous sommes en face d'un texte et nous devons nous y soumettre. Mais cette étude de législation comparée nous permettra de critiquer la solution française. Et ce

que nous détruirons théoriquement dans le droit français, nous le construirons pratiquement dans la législation roumaine où nous n'avons pas un texte sur la question.

Il n'y a pas longtemps qu'on a commencé à donner un grand rôle à cette méthode d'interprétation ; mais la puissance de cette méthode s'impose. Qu'y a-t-il de plus rationnel que de tenir compte de la sagesse des autres peuples, lorsqu'on doit donner une solution de droit. En effet, les lois dépendent du milieu pour lequel elles sont faites ; et une législation idéale devait être l'évolution nécessaire des dispositions antérieures ; mais cette évolution est quelquefois trop lente et à cause de cela dommageable aux intérêts généraux de la société. Alors, il faut la hâter. Pour cela il faut avoir un appui, et cet appui nous croyons le trouver dans le droit comparé.

Nous parlerons de presque toutes les législations importantes de l'Europe ; mais pour ne pas avoir l'impression de faire une simple collection de décisions sans aucun système, nous grouperons les législations d'après la solution donnée en trois groupes : dans un premier groupe nous parlerons des législations qui établissent une différence entre la condition suspensive et résolutoire, comme en Angleterre et en Autriche ; dans un second groupe nous parlerons des législations qui acceptent la solution romaine comme l'Italie, l'Espagne, le Portugal, la Russie, etc. ; dans un troisième groupe nous nous occuperons d'une législation qui donne la solution que nous admettons, la législation Allemande.

I. — ETUDE DU PROBLÈME DANS LA LÉGISLATION  
ANGLAISE ET CELLES SIMILAIRES

*Législation anglaise.* — Dans cette législation nous rencontrons une solution un peu bizarre, quoique en l'analysant sérieusement on lui trouve une explication. Le bizarre est qu'on fait une différence entre la condition résolutoire et la suspensive en donnant pour chacune une solution spéciale.

S'agit-il de la condition résolutoire, elle est réputée non écrite ; s'agit-il d'une condition suspensive, l'acte entier est nul. Cette solution s'applique aux donations comme aux testaments. D'où vient cette distinction ; quel raisonnement pourrait justifier ces deux solutions, car nous avons vu qu'en droit français la question ne se conçoit pas ainsi. Nous allons essayer de trouver la cause de cette différence de nature entre ces deux sortes de conditions et si nous ne réussissons pas, nous condamnerons le système anglais dans son essence. En droit nous ne constatons aucune différence entre la condition résolutoire et la condition suspensive.

Les notions du droit se séparent entre elles par les effets propres qu'elles imposent à une situation juridique. Le terme par exemple est différent, par sa nature de la condition parce que le terme n'atteint pas l'existence de l'acte juridique tandis que la condition tient en suspen-

sion cette existence. Effet différent, notion différente. Si les effets se confondent on ne peut pas établir une différence de nature entre deux notions de droit. Comparons l'effet résolatif et l'effet suspensif d'une condition et cherchons voir s'il est différent. La condition résolutoire, comme la condition suspensive, tient dans l'incertitude l'obligation principale ; et tant que la condition n'est pas accomplie on ne peut pas dire qu'on ait dans le patrimoine, un droit actuel, exigible et liquide. Donc par la nature, nous ne remarquons aucune différence ; l'effet étant le même. En fait, sans doute un acte entaché d'une condition résolutoire se présente sous un autre jour que celui entaché d'une condition suspensive. Le premier acte prend une existence actuelle, mais n'est qu'apparente car du moment que la condition résolutoire s'accomplit, l'acte tombe avec effet rétroactif, c'est-à-dire l'acte tombe comme si jamais il n'avait existé. L'incertitude est évidente. De ce court raisonnement sur la ressemblance de la nature de ces deux sortes de conditions nous avons établi ce que nous avons voulu. Dès lors nous concluons que la solution bizarre, spéciale, donnée à la condition résolutoire et impossible, immorale et illicite, ne trouve pas du tout une explication juridique. Nous croyons que la seule explication de cette solution nous la trouvons dans la déduction de fait différente d'un acte soumis à une condition résolutoire, ou un acte soumis à une condition suspensive. Il est plus difficile de détruire complètement un acte qui a pu avoir une exécution quelconque et alors on considère l'obligation

principale comme valable et on répute non écrites les conditions contre la loi et contre les mœurs. Au contraire dans une condition suspensive nous n'avons plus cette difficulté. L'acte ne peut pas s'exécuter avant la condition, et comme la condition est mauvaise, elle ne doit pas s'exécuter. Elle annulera, en même temps, l'acte même. C'est ainsi que nous expliquons la solution du droit anglais. On peut remarquer dès à présent que la solution donnée pour les conditions suspensives est plus rationnelle que l'autre, parce que cette autre dérive d'une simple situation de fait, tandis que celle donnée à la condition suspensive s'impose par les principes de droit. Cherchons maintenant à pénétrer l'esprit du droit anglais et voyons si cette étude nous conduit à accepter comme seule solution bonne, celle donnée pour les conditions suspensives.. Si nous jetons un regard fugitif sur le testament en droit anglais nous remarquons d'abord que chez eux, comme chez les Romains, la succession testamentaire était plus importante que celle *ab intestat*. Cette première remarque nous prouve que les Anglais montrent beaucoup d'intérêt aux dispositions des dernières volontés. Ils respectent donc la volonté du testateur; d'autres remarques encore nous conduiront à la même conclusion très précieuse pour nous. Une seconde observation que nous devons faire sur la matière des successions testamentaires c'est que chez les Anglais, le testateur a une plus grande liberté que dans le droit français. On ne trouve pas tant de restrictions. Ainsi les substitutions

qui sont considérées en droit français comme dangereuses pour la circulation des biens, n'inquiètent pas les Anglais, ils les permettent. Toute substitution sans distinction est permise, avec une seule restriction : celle de ne pas frauder les créanciers. Les pactes sur les successions futures qui sont considérés comme immoraux en droit français sont tout à fait permis en droit anglais. Pour être complet étendons notre étude aux donations. Nous avons à faire les mêmes observations. La substitution entre vifs est valable, pas de cause de révocabilité comme l'ingratitude et la survenance d'enfants que nous rencontrons dans le droit français. En un mot un respect exagéré de la volonté du disposant, testateur ou donateur. Nous ne discutons pas la valeur de ce principe qui gouverne la matière des testaments et des donations dans le droit anglais. Nous nous bornons seulement à le constater et à tirer des conclusions. Si le principe est de respecter la volonté du testateur et du donateur, ceci nous donne la permission d'aller un peu plus loin et de dire que par aucun moyen on ne pouvait mépriser cette volonté. Si un acte des dernières volontés ou une donation est soumise à une condition, celle-ci doit être exécutée en même temps que la disposition principale, si la condition est exécutable ; sinon les conditions ne s'exécutant pas, l'acte ne doit pas non plus s'exécuter. Dans notre matière, les conditions impossibles, illicites et immorales sont des conditions qui ne peuvent et ne doivent pas s'exécuter. Donc la condition une fois tombée l'acte tombe aussi. Ainsi par la réédification

du principe du respect donné à la volonté du disposant, principe qui gouverne la matière des testaments et des donations en droit anglais, nous arrivons à la conclusion que la solution qui s'impose pour les Anglais en notre matière, c'est celle donnée pour les conditions suspensives et non pas pour les conditions résolutoires, c'est-à-dire l'annulation de l'acte en même temps que la condition.

*Code autrichien.* — On donne la même solution qu'en droit anglais (voir l'article 698 et puis 897-898). Nous maintenons les conclusions obtenues en droit anglais sans chercher à commenter la solution autrichienne, car il nous manque les documents nécessaires pour vérifier si la solution donnée pour les conditions suspensives est la meilleure. Au contraire le raisonnement que nous avons fait pour expliquer la différence entre la condition résolutoire et suspensive peut s'appliquer aussi au Code autrichien. La situation de fait différente d'une condition résolutoire peut imposer une autre solution. La conclusion de l'étude sur ce premier groupe des législations nous est favorable. En effet nous avons vu que dans le droit anglais la solution qui s'impose en partant du principe de la liberté de volonté c'est la nullité entière de l'acte, la solution donnée pour les conditions suspensives, justement la solution à laquelle nous voulons arriver.

II. — ETUDE DU PROBLÈME DANS LA LÉGISLATION RUSSE,  
ET AUTRES

Nous allons étudier maintenant le second groupe des législations, celles qui ont gardé la solution romaine. Parmi ces législations nous avons toutes celles du sud de l'Europe, nous avons l'Allemagne depuis la promulgation du Code de 1900 et la Russie.

Commençons par la dernière : *la législation russe*.

Sur la question qui nous préoccupe, nous rencontrons dans le Code baltique plusieurs dispositions : ce Code est très grand : il contient quelques milliers d'articles et il n'est donc pas surprenant de trouver sur une question comme la nôtre plusieurs articles. Entre 3150-3160 on parle de différentes sortes de conditions. Les mêmes classifications apparaissent qu'en droit français ; on a les conditions illicites, impossibles et immorales auxquelles on a ajouté les conditions fausses qui entrent d'après ce que nous venons de voir, parmi les conditions impossibles et ensuite les conditions perplexes.

En matière de contrat le Code baltique nous donne une solution identique à celle qui gouverne toutes les autres législations anciennes et modernes, mais avec plus d'obscurité. Nous relevons cette solution sans la com-

menter, mais rien que pour montrer que pour eux comme pour toute autre nation, la solution qui s'était imposée pour un acte entaché d'une condition mauvaise était la nullité. Le Code baltique ne parle quant aux effets que de la condition illicite et immorale, tandis que pour les conditions impossibles on a étendu la solution des contrats par la jurisprudence. Ainsi dans un arrêt d'après l'ouvrage de M. Lehr nous lisons : « En matière de condition, s'il est démontré que l'événement auquel le contrat était subordonné est irréalisable, et l'était déjà au moment de la conclusion du contrat, qu'en conséquence l'accomplissement de la condition est impossible, l'engagement doit être annulé. » Donc, quand il s'agit d'une impossibilité au moment de la confection du contrat, le contrat est nul. Même solution que pour les conditions illicite et impossible données par les articles 3178-3180 qui disposent que le contrat est nul lorsque les conditions sont affirmatives et qu'au contraire elles sont réputées non écrites lorsqu'elles sont négatives.

Si en matière de contrat le Code baltique donne la même solution que le Code français et toutes les autres législations, en matière de donation il donne une solution spéciale qui à fin de compte se réduit toujours à une extinction de la solution donnée en matière de contrat. Le Code baltique statue de façon moins précise pour les donations, quoique toujours dans un nombre considérable d'articles. L'opinion consacrée est qu'aucune donation faite dans un but immoral n'est bonne, et la preuve en est

que le donateur et ses héritiers peuvent réclamer la chose donnée, que le but ait été atteint ou non au cas d'exécution de la donation, et que au cas de non-exécution le donateur ou ses héritiers peuvent opposer une exception à la demande d'exécution. Cette solution souffre une restriction : à savoir que le donateur ne doit pas être rendu coupable d'un fait immoral, car dans ce cas il ne pourrait bénéficier ni du droit de réclamer la chose, ni de celui d'opposer l'exception, Prenons des exemples donnés par le Code baltique même (1).

Une donation aura un but immoral si elle est faite avec la condition de ne pas commettre un acte illicite ou immoral. On considère donc comme immoral le fait d'acheter avec le prix d'une donation la moralité d'un homme. Solution très sage, d'ailleurs. Au contraire, le donateur sera réputé coupable et n'aura pas le droit de répétition lorsqu'il détermine le donataire à commettre un délit. De ce résumé de la question en matière de donation nous remarquons qu'on admet que la donation sera non valable aussi bien si elle est faite avec charge que si elle est faite sous une condition mauvaise. En effet, en parlant du droit de répétition, c'est-à-dire de donation déjà exécutée, on parle de donation avec charge, car une donation sous une condition ne pourra jamais s'exécuter avant la réalisation de l'événement et il faut avouer que dans le Code baltique la différence entre charge et con-

---

1. Voir Code baltique, 3719-3726.

dition n'est pas bien marquée, chose, d'ailleurs qui n'est pas indispensable pour notre question car le fait est le même qu'il s'agisse de charge, ou qu'il s'agisse de condition. Comme nous le disions un peu plus haut, on arrive à avoir en matière de donation comme dans les contrats la même solution : l'annulation de la donation avec cette seule restriction que, lorsqu'il s'agit d'une donation avec charge, c'est-à-dire d'une donation déjà exécutée si le donateur lui partage la responsabilité du but immoral, il n'aura pas le droit d'exercer la répétition.

Nous en arrivons au testament. Dans les articles 2364 et 2365 du Code baltique, on nous parle du sort d'une disposition testamentaire entachée d'une condition mauvaise. La solution est la même qu'en droit romain, c'est-à-dire la condition impossible, illicite et immorale est réputée non écrite. Comme on le voit, le Code baltique adopte entièrement avec moins de clarté la solution romaine : nullité du contrat et de la donation entachés d'une condition mauvaise, validité du testament soumis à une pareille condition et suppression de cette condition. Quelle conclusion pouvons-nous tirer de cette législation ?

Quoique la solution soit la même qu'en droit romain, on ne peut plus la justifier de façon identique. L'organisation de la famille russe étant autre que celle des Romains. Peut-être l'esprit juridique du peuple russe fournit-il une nouvelle explication. De deux choses l'une : ou le Code baltique a imité le droit romain et alors la solution est irrationnelle comme elle l'est pour toutes les législations modernes qui

l'ont adoptée, ou bien cette solution a été imposée par des considérations de droit spéciales au droit russe. Nous n'avons pas en cette matière la documentation nécessaire et nous ne possédons pas sur cette législation une connaissance suffisante pour en pénétrer l'esprit et donner la vraie explication de la solution en matière de testament, s'il en existe une. Mais nous croyons que même avec cette explication nous ne justifierions pas que cette solution fût une solution acceptable dans le droit moderne. Certaines explications conviennent au droit russe comme d'autres convenaient spécialement pour les Romains. Ces considérations sont les seules que nous ayons à présenter pour l'étude sur le droit russe (1).

### III. — ETUDE DU PROBLÈME DANS LA LÉGISLATION

#### ALLEMANDE

Nous arrivons à la plus intéressante des législations modernes. Ce Code, par la force théorique et par la parfaite adaptation de la théorie à la pratique représente la codification la plus parfaite de notre siècle. C'est une œuvre où beaucoup de jurisconsultes et beau-

---

1. A côté de la législation russe, il y a encore beaucoup d'autres qui admettent la même solution, ainsi par exemple :

Code civil espagnol, art. 767, 1116 ; italien, art. 849, 1065, 1160, etc.

coup de savants allemands ont mis le joint de leur travail, sans hâte et avec soin. Après plus de vingt ans de travail, vers 1897, le Code a été complètement rédigé et en 1900 il a été promulgué. Dans cette œuvre grandiose qui est l'expression des nouvelles tendances en droit nous allons voir la solution relative à notre question. Nous ne trouvons pas dans le Code allemand, comme dans le Code Napoléon, des articles spéciaux qui précisent la solution relative à notre problème, mais de l'esprit entier du Code il se dégage un principe que tout acte fait sous une condition mauvaise doit être nul, n'importe s'il est convention ou acte gratuit. Nous allons voir un peu plus loin les dispositions du Code qui nous conduisent à ce principe ; pour le moment retenons une chose qui nous intéresse beaucoup, c'est qu'en droit allemand à partir de la codification de 1900, les donations et les testaments faits sous des conditions illicites sont nuls, nous avons donc dans cette législation une solution tout à fait différente de celle donnée dans le droit romain ou dans le droit français et qui est conforme justement à la solution que nous partageons.

Nous avons pour nous cette codification mais ceci ne nous suffit pas, il faut voir si en effet la solution est imposée par les principes généraux, il faut donc voir si elle est une solution conforme aux nouvelles tendances qui sont en grande partie, cristallisées dans le Code allemand actuel.

Analysons avec beaucoup d'attention cette disposition. Est-elle en effet une tendance qui correspond aux mœurs

modernes ? Voilà une première question qu'il faut élucider. Pour élucider cette question nous emploierons deux moyens. Nous donnerons d'abord un aperçu sommaire des législations antérieures en Allemagne pour voir quel était l'esprit directeur et ensuite nous étudierons le Code allemand actuel, pour chercher si cette solution est une conclusion nécessaire des principes admis par lui. Si par ces deux moyens nous arrivons à expliquer cette solution du Code allemand, alors nous maintiendrons notre opinion.

D'abord il nous est loisible de faire une remarque qui ne soulèvera pas d'objection. En Allemagne avant la codification de 1900 il n'existait pas de Code unique. Il y avait des législations pour chaque pays, et pour des questions spéciales seulement, le reste étant gouverné par le droit romain.

Toute la législation allemande de plusieurs siècles, jusqu'au nouveau Code, a été gouvernée par le principe romain. Le droit romain disparaît complètement avec le Code Napoléon comme loi dans le Midi de la France ; mais il reste en vigueur en Allemagne jusqu'en 1900. Ceci dit nous allons procéder à l'étude historique.

Nous débuterons dans cet examen avec le règne de Frédéric le Grand. Les jurisconsultes allemands du temps de Frédéric ont beaucoup discuté la question. Ils voulaient une solution plus rationnelle et ils partaient d'un principe de droit, très sérieux : du principe de l'indivisibilité de la volonté dans la confection d'un acte juri-

dique. Etant donné ce point de départ, il fallait donner une solution conforme à notre opinion, car elle seule s'accommode de l'indivisibilité de la volonté : cette opinion est que l'acte doit être accompli en entier et que si une partie ne peut être exécutée, l'acte entier est nul. Et c'est précisément notre cas : l'acte ne peut pas être exécuté s'il y a condition mauvaise. On trouve une tendance à donner une solution se basant sur ce principe, dans le Code de Frédéric (t. II, p. 2, cap. VII, tit. XIII, § 5, n° 1). Malheureusement, ce nouveau point de vue n'a pas eu assez de force, la tradition du droit romain revendiquant ce droit, les légistes reviennent sur leur précédente décision et ils confectionnent un Code de la Prusse, en vigueur dans ce pays avant le Code civil de 1900 par lequel la solution romaine est tout à fait consacrée. Le doute sur la solution romaine provient de ce que le législateur allemand ne trouvait pas acceptable une pareille solution, et la conformation de cette solution s'explique par la force de la tradition. L'étude historique de cette question en Allemagne nous fournit une conclusion en faveur de notre opinion. On voit que la tendance rationnelle était d'appliquer la même solution aux actes à titre gratuit comme aux actes à titre onéreux, c'est-à-dire la nullité de l'acte tout entier.

Interrogeons maintenant l'économie entière du Code civil allemand de 1900 et voyons si cette solution s'accorde avec les principes. Nous croyons que le nouveau Code admet

une solution tout à fait logique, tout à fait conforme aux principes généraux.

En effet, si nous pénétrons les principes du droit allemand dont quelques-uns sont compris dans un chapitre préliminaire, principes qui doivent régir le Code entier, on voit que les législateurs allemands se prononcent pour la nullité entière de l'acte illicite immoral. Lisons par exemple l'article 134 : « L'acte juridique contraire à une prohibition légale est nul... » et plus loin dans l'article 138 « l'acte juridique contraire aux bonnes mœurs est nul... » Dispositions tout à fait générales, applicables en principe aussi aux actes entachés de conditions mauvaises. Pour conclure on voit donc que les dispositions générales conduisent justement à l'annulation de l'acte, c'est-à-dire à l'application d'une même solution pour les conventions et les actes gratuits en général.

Voici ce que nous donne l'étude de la législation comparée, étude incomplète malheureusement par la force des choses qui ne nous ont pas permis un examen plus ample et plus étendu d'un plus grand nombre de législations étrangères. Nous avons eu très peu de traités à notre disposition pour l'étude des législations étrangères, de sorte que nous avons été réduit, sauf les remarquables ouvrages de M. Glasson et M. Lehr, à la simple lecture des Codes, sans y trouver le moindre commentaire. Les faibles indications trouvées nous ont permis malgré tout de tirer des conclusions intéressantes en faveur de notre opinion. Le droit comparé est un auxiliaire de l'histoire

du droit. Quant à notre problème, le droit comparé nous mène vers la même conclusion que l'histoire du droit.

Le droit comparé donne aux législations qui se forment la voie sur laquelle elles doivent s'acheminer, il donne aux législations qui ont des lacunes, le moyen de les combler. Son importance pour notre problème est grande. Nous allons voir plus loin l'intérêt de cette méthode, lorsque nous étudierons le problème dans le Code Napoléon et surtout lorsque nous étudierons le problème dans la législation roumaine où il n'existe pas un texte positif.

C'est cela que nous avons à dire au sujet de la législation comparée, nous allons aborder dans les deux chapitres suivants la question dans le droit actuel français et roumain.



## CHAPITRE IV

---

### ÉTUDE DU PROBLÈME DANS LE DROIT MODERNE FRANÇAIS

---

Nous arrivons enfin au droit moderne français. On sait que le Code Napoléon a consacré dans l'article 900 une solution un peu différente de celle de l'ancien droit et analogue à celle du droit intermédiaire, en considérant comme non écrites, les conditions illicites, impossibles et contraires aux mœurs, non seulement dans les testaments, mais aussi dans les donations. Il s'agit, dans ce chapitre, d'analyser l'article 900 de tous les points de vue, pour montrer la face du problème sous le jour où elle se présente depuis la rédaction du Code et pour faire la critique de la solution s'il y a lieu. On a vu que l'article 900 est une disposition qui ne correspond plus aux principes du droit moderne. D'abord l'assimilation, entre les donations et les testaments entachés d'une condition mauvaise quant aux effets est une inauguration du droit intermédiaire gardée aussi dans le Code. On ne peut plus lui trouver de justification. En effet, les donations par leur nature sont des con-

ventions, des contrats, quoique le Code les traite comme de simples actes. On sait que c'était une correction erronée demandée par le premier Consul. Les donations sont des contrats, elles doivent se soumettre à la même sanction que toute convention, donc à l'article 1172. Nullité de la disposition entière sans discussion. Nous reviendrons sur ces considérations dans le paragraphe où nous critiquerons l'article 900.

Ensuite nous allons voir que la solution appliquée aux testaments n'est pas davantage acceptable. Donc une critique de cette disposition sera nécessaire, quoiqu'elle ne doive avoir d'autre but que de détruire théoriquement une solution du texte devant laquelle la pratique doit se soumettre, tant qu'une revision du Code n'aura pas modifié cette disposition. Dans le présent chapitre nous tâcherons de répondre à plusieurs questions. Nous nous demanderons d'abord quelle est la nature de l'article 900, si elle est une disposition impérative, ou si elle est une peine ? Ensuite nous chercherons à déterminer les origines de l'article 900, si on les trouve dans le droit intermédiaire ou dans le droit coutumier ? Et en dernier lieu nous essaierons d'apercevoir si cette disposition a été gardée intacte ou si elle a souffert des restrictions. A ce sujet nous parlerons de quelques restrictions apportées par la doctrine et la jurisprudence, en faisant intervenir l'article 900, la théorie de la cause illicite, la théorie de l'erreur.

I. — DÉTERMINATION DE LA NATURE DE L'ARTICLE 900

La première question que nous chercherons à élucider est la suivante : Quelle est la nature de l'article 900 ? Nous nous trouvons devant trois théories.

On soutient dans un premier système que l'article 900 est une peine dirigée contre ceux qui osent éluder les lois de l'Etat. Parmi ceux qui partagent cette façon de voir figure notre éminent professeur M. Bartin (1) et Delvincourt (2). Nous lisons dans l'ouvrage de M. Bartin à la page 316 : « Telle que je la comprends, la solution qu'ils ont consacrée est une mesure draconienne » et comme M. Bartin est d'avis que l'origine de l'article 900 est dans le droit intermédiaire, opinion que nous adoptons aussi, et comme en droit intermédiaire la solution est regardée comme une peine infligée au disposant, on doit conserver la même nature pour l'article 900 du Code, ce que nous ne pouvons pas admettre, on verra pourquoi. Delvincourt qui paraît avoir été le premier défenseur de ce système se heurte à une difficulté qu'il signale lui-même.

On comprend très bien la théorie de la peine pour le disposant par la validation de la disposition, avant que la condition soit exécutée par la donataire, mais si la condition a été exécutée, peut-on donner le droit à un homme

---

1. *Op. cit.*

2. T. I, p. 400.

qui s'est engagé à commettre un fait reprochable de « venir demander le prix de sa turpitude » ? A cette objection le jurisculte répond par une limitation faite à l'article 900. Pour lui la donation dont la condition mauvaise a été exécutée est nulle en entier, donc dans ce cas l'article 900 ne s'applique pas, et au contraire la donation dont la condition mauvaise n'est pas encore exécutée est frappée par l'article 900. Quant à nous nous pensons qu'on ne peut pas considérer comme une peine l'article 900. On comprend très bien que pendant la Révolution, des lois aient été votées pour établir une punition envers les particuliers agissant au mépris de ces lois.

La loi de 1791 sur les donations et testaments entachée d'une condition mauvaise pouvait parfois être considérée comme une punition. Les événements expliquent la façon de s'exprimer des rédacteurs de la loi de 1791 ; mais lorsque les événements changent la peur disparaît, le monde se calme et on ne punit plus, on se défend seulement. La punition dans son essence est une vengeance d'abord et ensuite seulement un moyen de correction, et on se venge lorsqu'on est sous le règne d'une forte émotion de peur ou d'humiliation.

Les révolutionnaires avaient peur et ils ne voulaient pas non plus s'humilier en laissant écarter leurs principes. Ils ont alors voulu se venger. Les lois faites dans une époque de calme, comme l'était celle des rédacteurs du Code Napoléon, se proposent un seul but : celui de défendre les lois et les bonnes mœurs grâce auxquelles un Etat peut

s'édifier et exister. Ainsi la disposition consacrée dans l'article 900 apparaît comme un moyen de défense et jamais comme une punition. Dans un second système soutenu par M. Bertauld (1), on considère l'article 900 comme une disposition interprétative, car la condition mauvaise ne vise pas l'intention libérale, étant le résultat d'une erreur. Citons plutôt les propres paroles de M. Bertauld : « On suppose que le donateur s'est trompé sur le caractère des conditions d'une exécution matériellement ou moralement impossible, et que sans son erreur ou son illusion, il eût affranchi sa donation des conditions auxquelles la loi fait obstacle, il avait donné purement et simplement ». Ce système ne peut être admis sans discussion que pour les conditions ou en effet, le disposant ne savait pas si elles sont mauvaises et sur le compte desquelles on peut dire qu'il s'était trompé. Mais analysons toutes les conditions et voyons qu'est-ce qu'il reste de cette opinion. L'erreur sur les bonnes mœurs est une chose impossible à imaginer, car les bonnes mœurs s'imposent à tout le monde, dans un pays quelconque. L'erreur sur les dispositions légales est également inconcevable. Les lois sont faites pour être connues, donc aucune indulgence à l'égard de ceux qui ne les connaissent pas, impossibilité physique, il n'y a rien de plus facile à connaître. Un homme qui dispose sous la condition de faire un voyage dans la lune tient plutôt du fou, et l'indulgence est quelque chose de dangereux. Il n'y

---

1. *Questions doctrinales et pratiques*, t. II, 233-307.

a qu'une seule espèce de conditions sur lesquelles l'esprit ordinaire d'un homme puisse se tromper : ce sont les conditions impossibles juridiquement parce qu'elles naissent du jeu des principes du droit, qui peuvent échapper même à un spécialiste, mais ici encore, pour que le principe de droit soit appliqué, il faut demander plus de précaution aux particuliers et pas du tout d'indulgence envers eux. La théorie que fonde l'article 900 sur une erreur n'a aucune force, elle est moins solide que la première même. Dans un troisième système qui est plus connu parce qu'il est soutenu par beaucoup des jurisconsultes comme par exemple : Demolombe, Laurent (1), on soutient que « la disposition de cet article est fondée sur la *volonté du disposant* lui-même, qui est présumé n'avoir pas voulu abandonner l'existence de la libéralité à la condition illicite et impossible qu'il y a insérée ». Dans ce système on donne une importance capitale à l'intention libérale d'un acte à titre gratuit, intention qui traduit la volonté du disposant, car on soutient que l'article 900 est conforme à cette volonté. Le disposant veut donner, veut faire une libéralité, voilà la partie principale de l'acte, et ensuite il soumet cette disposition à une condition qui est une clause accessoire, complètement séparée de la partie principale avec laquelle la clause n'a aucun rapport quant aux effets. Que le disposant ait voulu faire une libéralité, c'est certain, jusqu'ici je partage l'avis des jurisconsultes cités, que le

---

1. *Principes*, XI, 375, n° 434.

disposant ait voulu faire une libéralité sous une condition et que cette condition devrait être réalisée, c'est encore certain et alors le dernier système, que devient-il ? Il échoue, la disposition conditionnelle est une, elle ne peut pas se diviser en deux, le disposant n'a jamais voulu que le testament s'exécute sans la condition posée. Admettre ceci, c'est admettre qu'il a plaisanté et le droit ne peut tenir compte des plaisanteries de chacun. L'article 900 par sa nature ne traduit donc pas la volonté du disposant, car on a vu que ce n'est pas celle-ci sa volonté. On voit donc que ni l'idée de peine, ni celle de l'erreur, ni celle de la volonté du disposant ne peuvent déterminer la nature de l'article 900.

## II. — ORIGINE DE L'ARTICLE 900

Nous passons maintenant au second paragraphe de ce chapitre où nous répondrons à une seconde question que nous nous sommes proposée d'élucider. Quelle est l'origine de l'article 900 ? Nous sommes devant deux théories : une par laquelle on soutient que l'article 900 naît du droit coutumier, et une autre par laquelle on soutient que l'article 900 est la conservation de la solution du droit intermédiaire. Nous nous rangeons du côté de cette dernière, soutenue avec beaucoup d'éclat par M. Bartin (1).

---

1. *Op. cit.*

Nous nous proposons dans ce paragraphe de répéter l'argumentation faite par l'illustre professeur et en même temps d'écarter l'autre théorie de la survivance du droit coutumier. Une remarque importante nous montrera jusqu'à l'évidence que nous sommes avec l'article 900 devant le droit intermédiaire et pas devant le droit coutumier. L'article 900 comme la loi de 1791 et tous les autres projets du droit intermédiaire assimilent quant aux effets les donations aux testaments, assimilation inconnue par le droit antérieur et imposée par les événements. Nous devons nous écarter un peu de l'affirmation de M. Bartin qui dit à la page 312 : les explications contradictoires que les jurisconsultes donnaient de la solution romaine pouvaient s'appliquer avec la même force à la donation qu'au testament, qui cependant échappe seul à la condition illicite. Cela est vrai, mais aucun de ces jurisconsultes n'est parti de là pour proposer qu'on étendit à la donation la règle qui régissait le testament.

Le point faible de la doctrine était universellement senti : personne ne songeait à la rectifier en l'appliquant à la donation ». Mais ce n'était pas une partie faible de la théorie, la non-assimilation des donations aux testaments, car nous croyons que les donations sont et doivent être assimilées aux conventions. C'est vrai, les donations sont des libéralités comme les legs, mais ils naissent comme les contrats, après un échange de consentement entre les parties et cela approche la donation plutôt de la convention que du testament. L'étude antérieure du droit

comparé et de l'histoire du droit, dans les conclusions où nous sommes arrivé, contredit cette affirmation de M. Martin. Non seulement les explications ne peuvent s'étendre aux donations, mais elles ne contentent même pas les dispositions testamentaires.

Ce n'était pas la tendance du droit coutumier de donner les mêmes effets aux donations qu'aux testaments entachés de conditions impossibles, illicites et morales, c'était une soumission irrationnelle à une solution romaine qui s'imposait et qui s'impose encore à présent sous la forme de la tradition ; l'assimilation est due au droit intermédiaire seulement, parce que les nouveaux principes pourraient être élucidés par n'importe quel acte de libéralité, donation ou testament, si on ne déclarait pas les conditions mauvaises écartées.

L'argument présenté sous cette face prend une forme nouvelle. La parenté de l'article 900 avec les lois du droit intermédiaire est évidente, car comme ces lois, le Code civil assimile quant aux effets les donations et les testaments ; assimilation faite seulement par le droit intermédiaire. Ecartons maintenant les objections faites à l'opinion que nous partageons sur l'article 900.

a) Une première objection, c'est l'assimilation de la condition impossible avec les conditions illicites et immorales. Cette assimilation existait dans le droit ancien et on l'a maintenue parce que l'article 900 est tiré de ce droit ancien. C'est vrai, la loi de 1791 ne parle pas des conditions impossibles, comme le droit romain et le droit ancien

français, et cela s'imposait, car la loi n'aurait abouti à rien. Le motif de 1791 est d'empêcher la réalisation des conditions mauvaises. Or, les conditions impossibles ne peuvent jamais se réaliser, on a donc bien fait d'écarter ces sortes de conditions. Mais d'ici on est encore loin de pouvoir tirer une conclusion contre nous. D'abord dans les projets de Cambacérès et de Jacqueminot on assimile ces conditions, donc on peut trouver l'explication dans le droit intermédiaire sans rien demander au droit ancien. Le projet de Cambacérès où il fait assimilation pour la première fois, est une disposition des plus rationnelles et nous nous prononçons contre l'avis de ceux qui considèrent l'introduction de cette assimilation comme une erreur. Il y a erreur dans le projet où Cambacérès et Jacqueminot maintiennent la solution de 1791. On a très bien vu l'inutilité de cette assimilation, mais il ne faut pas oublier que Cambacérès a présenté un projet de loi où il donne une solution nouvelle, dans laquelle il déclare nulle la donation et le testament en même temps que la condition mauvaise, et dans ce système s'explique très bien de considérer également les conditions impossibles comme les autres.

Lorsqu'on est revenu à la solution de 1791, nous admettons qu'on a commis une erreur. Mais l'erreur persiste tant que les considérations pratiques sont encore la cause impulsive de ces projets de lois et lorsque ces considérations politiques ont disparu, l'erreur disparaît aussi, de sorte que nous trouvons très critiquable la solution de

l'article 900, mais nous ne trouvons pas absurde du tout l'assimilation entre la condition impossible et immorale ou contraire aux mœurs. L'article 900 puise son origine dans le droit intermédiaire parce qu'il applique une même solution aux donations et aux testaments, mais cela ne veut pas dire que le législateur du Code a pris aussi les motifs de la loi de 1791. Preuve qu'il ne s'est servi de ces motifs c'est que les interprètes du Code s'efforcent dès lors à donner une explication de l'article 900 et malheureusement ils n'arrivent et n'arriveront jamais tant que les conditions de la loi de 1791 n'apparaîtront de nouveau. Si nous considérons que le Code dans l'article 900 n'a pas commis une erreur, nous ne donnons pas aux adversaires la possibilité de se croire victorieux, que l'article 900 puise la solution de l'ancien droit et non pas, parce que nous avons vu il y a un instant dans ce droit intermédiaire où cette assimilation a été faite non pas par erreur, mais rationnellement, l'article 900 a trouvé cette assimilation dans le droit intermédiaire.

b) Une autre objection apportée à notre opinion sur l'origine de l'article 900 est celle de Labbé dans une note (1). « Beaucoup d'auteurs n'ont point pensé, dit-il, que l'on puisse attribuer au législateur de 1804, si sage, si modéré, si enclin à suivre les suggestions de l'équité et de la raison, une intention aussi violente, aussi radicale, aussi contraire aux principes purs, que celles conçues, audacieusement manifestées. Cette opinion envisage la loi de

---

1. Sirey, 1884, 305, I.

1791 comme une loi draconienne, tandis que le Code est l'œuvre sage où la tendance à punir ne devait pas exister. » Si ces deux affirmations qui précèdent étaient justes, il faudrait admettre l'opinion de nos adversaires que l'article 900 a son origine dans le droit ancien et non dans le droit intermédiaire. Mais ni l'une ni l'autre n'est pas tout à fait complète. C'est vrai, la loi de 1791 est une loi sévère, une peine, mais ce n'est pas seulement cela, c'est vrai que l'aspect du Code est plein de sagesse, que dans cette disposition il manifeste cette sagesse, mais lorsque la nécessité le demande, le Code aussi devient sévère. En prouvant ces choses nous arriverons à une conclusion tout à fait favorable à notre opinion, mais prouvons-le d'abord, et tirons ensuite les conclusions. En lisant attentivement la loi de 1791 on voit au premier abord qu'elle est dirigée contre le particulier qui voulait éluder les nouveaux principes, parce que l'article 32 a le soin d'énumérer les conditions qui doivent être considérées non écrites. Si l'article contenait seulement cette énumération, on pourrait certainement dire que c'est une loi draconienne qui veut sauvegarder par tous les moyens les principes de la révolution. Mais l'article 32 commence par poser un principe général : « Toute clause impérative ou prohibitive qui serait contraire aux lois ou aux bonnes mœurs »... et ensuite l'énumération dont j'ai parlé. De ce principe mis en tête de l'article, on conclut que même le législateur de 1791 n'a seulement pensé à viser les conditions qui ont une liaison avec les tendances politiques c'est-à-dire des conditions qui

auront mis en péril ces tendances, mais il a visé en même temps toutes sortes de conditions, pourvu qu'elles soient contraires à la loi et aux bonnes mœurs. Ces considérations nous prouvent jusqu'à l'évidence qu'une disposition sage du Code peut sortir d'une loi du droit intermédiaire, né de la lutte d'idées politiques de cette époque, car même dans ces lois, les principes ne sont pas écartés, la solution seulement est accommodée aux besoins. On peut donc considérer le droit intermédiaire comme origine de l'article 900 parce que la loi de 1791, conforme aux principes du droit en général devient draconienne à cause de quelques besoins politiques.

Passons à la seconde considération, à voir si en vérité le Code actuel représente l'esprit le plus sage et le sens apaisé, comme dit Labbé, sinon alors l'article 900 peut garder son caractère sévère et peut trouver son origine dans la loi de 1791.

Dans l'argument de Labbé si bien exprimé, on a vu que le Code n'a posé que des dispositions sages et modérées. Eh bien, il ne faut pas nous tromper nous-même. Nous tâcherons de prouver justement que si la nécessité demandait, le Code aussi était contraint d'ériger des solutions draconiennes. Je me servirai d'un argument employé par tous les partisans de la théorie que nous partageons, mais présenté avec plus de clarté et plus de jour par M. Martin. On compare à l'article 900 une disposition comprise dans l'article 896 en matière de substitution. On sait que par cet article le Code Napoléon a considéré nul

un acte entaché d'une substitution, sauf les restrictions apportées par l'article 897. La substitution aboutit quelquefois à une situation juridique impossible, nous l'avons vu dans le chapitre I, alors elle peut être vue comme une condition impossible, d'autres auteurs considèrent la substitution comme illicite. Qu'elle soit illicite ou impossible, cela n'a pas d'importance, le principal est que dans une opinion comme dans l'autre, la substitution entre parmi les conditions illicites, impossibles et immorales, et par conséquent il fallait leur appliquer la même solution que dans l'article 900. Pourquoi a-t-on appliqué une autre solution ? N'est-ce pas apporter une exception coupable ? Surtout que le droit intermédiaire appliquait aux substitutions la même solution que pour toute autre condition mauvaise ?

Voilà deux questions qui doivent être élucidées. La loi de 1791, quoique en apparence, apparaît plus logique en comprenant parmi les autres conditions la substitution, cette loi a fait tout de même une faute parce que le créateur du Code Napoléon l'a aperçue et l'a évitée. Nous savons que la loi de 1791 a déclaré la condition non écrite pour empêcher le bénéficiaire, dans le cas contraire, lorsque l'acte même était nul, d'exécuter la condition même. Eh bien, en appliquant la solution déterminée par ce motif aux substitutions, on arrive à une solution inverse. En considérant la clause de la substitution non écrite et la libéralité valable, le grevé profite tout de suite de cette libéralité et l'appelé, quoiqu'il ne devait

pas en profiter d'après la loi de 1791, il en profitait tout de même d'une manière indirecte. En effet, comme le grevé était obligé de transmettre la chose à l'appelé seulement après sa mort, il n'était pas contraint à faire un grand sacrifice, surtout qu'il aurait senti un devoir de conscience de laisser la chose à qui le disposant voulait la laisser. Ainsi que contre la loi de 1791, la disposition avec la clause de substitution pourrait avoir une suite. Les rédacteurs de la loi de 1791 n'ont pas remarqué cette contradiction en soumettant les substitutions à la même sanction, au contraire les rédacteurs du Code Napoléon l'ont remarquée et l'ont évitée, en prohibant la substitution entière. Le Code en écartant cette erreur a frappé d'une sanction plus sévère les substitutions que la loi de 1791. On voit donc que la rude loi de 1791 est quelquefois moins sévère qu'on le croyait, et le Code civil est quelquefois plus âpre. Pour répondre à la première question, on a vu que l'article 896 sur les substitutions est imposé pour ne pas tomber dans une situation contraire à celle que voulaient les rédacteurs, et pour répondre à la seconde question nous dirons que cette disposition n'est pas une disposition exceptionnelle, elle devrait l'être aussi. Mais si elle devrait l'être aussi, ça n'empêche qu'elle soit sévère et qu'elle nous serve à écarter l'argument de ceux qui soutiennent que l'article 900 a comme origine le droit coutumier et qui disent que le Code civil plein de dispositions sages ne pourrait contenir une disposition plus sévère que celle de la loi de 1791, et que par conséquent l'article 900

ne peut avoir comme origine la loi de 1791. L'exemple donné prouvant justement le contraire, prouve que l'article 900 est né sous l'influence directe de la loi de 1791.

### III. — LIMITATION DE L'ARTICLE 900

Répondons maintenant à la troisième question que nous nous sommes proposé d'élucider, et que nous avons annoncée au commencement de ce chapitre. Il s'agit des restrictions que la jurisprudence et la doctrine ont été contraintes d'apporter à l'application de l'article 900. Nous voulons parler de la limitation de l'article 900 par l'article 901 par la théorie de la cause et enfin la limitation par la théorie de l'erreur. Nous parlerons sous un paragraphe spécial de chacune de ces trois limitations.

1° *Limitation de l'article 900 par l'article 901.* — Nous lisons dans l'article 901 : « Pour faire une donation entre vifs ou un testament il faut être sain d'esprit. » Quelle relation pourrions-nous établir entre cette disposition et celle de l'article 900 ? Est-ce qu'en mettant à un acte quelconque une condition impossible, ou illicite ou immorale, le disposant n'est pas sain d'esprit ? Généralement il est certain que non. Le disposant a très bien pensé, et il a très bien voulu déterminer le bénéficiaire à faire quelque chose au mépris ou bien des lois, ou bien des mœurs, mais il y a des conditions extravagantes qui prouvent plutôt l'insanité de celui qui les a mises, que la pleine pos-

session de sa raison. Parmi toutes sortes de conditions mauvaises, on a vu que celles qui ont pour effet de prouver particulièrement la folie du disposant, ce sont les conditions impossibles physiquement. On ne peut jamais douter de la santé de la raison d'un homme qui pose une condition par laquelle on contredit un principe de droit, une loi quelconque ou les bonnes mœurs ; mais si on dit, qu'on donne ou on laisse par testament telle somme d'argent si la terre se rencontre avec le soleil, on peut très bien soupçonner l'insanité de l'esprit de celui qui demande une pareille condition. Nous croyons que l'intervention de l'article 901 est très justifiée, chaque fois que la condition est suspecte, car on ne doit jamais donner suite à un acte fait par un homme fou et l'application de l'article 900 nous mènerait à ce résultat. D'ailleurs il ne faut pas insister trop sur cette application de l'article 901 car chaque fois que le contenu de l'acte prouve l'insanité, il intervient, ce qui d'ailleurs n'a lieu que très rarement.

2<sup>o</sup> *Limitation de l'article 900 par la théorie de la cause.* — Cette limitation est d'une importance capitale. Elle est une création jurisprudentielle au moyen de laquelle nous allons voir, on a voulu écarter autant que possible l'application de l'article 900. Cette tendance de la jurisprudence nous est favorable pour la confirmation de notre opinion, car que nous proposons-nous, sinon d'écarter l'article 900 et que fait d'autre la jurisprudence. Mais laissons pour le moment les conclusions de côté et exposons méthodiquement cette limitation de l'article 900.

Lorsque la condition mauvaise a été « la cause impulsive et déterminante » de l'acte gratuit, on n'applique plus l'article 900 et on considère la libéralité comme complètement nulle. Cette théorie de la jurisprudence ne s'est pas formée d'un seul coup, il lui a fallu beaucoup d'années pour se cristalliser sous cette forme précise où elle apparaît. Il est très intéressant de suivre comment s'est formée cette intéressante limitation de l'article 900.

Dans un arrêt de la Cour de Pau, du 2 janvier 1827 (1) il est parlé pour la première fois des conditions considérées comme « cause impulsive et déterminante ». Sans en faire l'application à une condition mauvaise, il s'agit dans cet arrêt de l'inexécution de la condition par le bénéficiaire de vivre « à même pot et feu » que le donateur, il s'agit donc de l'application de l'article 954.

Avec un autre arrêt de la Cour d'Orléans du 20 mars 1852 (2), nous nous approchons de notre problème. Il s'agit ici de la condition pour l'enfant du donataire de renoncer à sa réserve à la mort du donateur. On considérerait cette condition comme « la condition essentielle et expresse..... comme le prix de la libéralité ». D'après le raisonnement fait dans cet arrêt, nous nous trouvons en présence d'un acte synallagmatique auquel on doit appliquer l'article 1172. C'est « un contrat à titre onéreux que le vice d'une de ses clauses doit faire complètement annuler ». D'après ceci

---

1. Dalloz, 1829, II, 164.

2. Orléans, 20 mars 1852. S. 1853. 2. 13.

nous constatons que la théorie de la cause impulsive n'est pas encore née, on fait une simple application de l'article 1172.

Un arrêt de cassation de 3 juin 1863 (1) en parlant des conditions d'un acte, précise la théorie de la cause impulsive, sans que l'application en soit faite à un legs, on lit dans cet arrêt : « Il est constant que la nullité d'une condition contraire à la loi entraîne la nullité de la donation à laquelle elle est jointe, s'il est reconnu que la condition a été la cause impulsive et déterminante de la libéralité. »

Enfin, dans un arrêt du 7 juillet 1868 (2), on fait une application indirecte aux legs. La Cour de cassation tout en maintenant le legs, car « la condition n'a été qu'un accessoire de ce legs, dont une intention de libéralité est restée la cause », ajoute « qu'il en serait autrement si la condition illicite avait été la cause impulsive et déterminante de la libéralité ».

Toute cette théorie élaborée de 1827 jusqu'en 1868 trouve sa complète application quelques années plus tard, dans un arrêt rendu par la Cour de Dijon, le 7 décembre 1871, où nous lisons : « Lorsqu'une fondation est la cause déterminante d'un legs, l'impossibilité légale d'exécuter cette fondation entraîne la nullité du legs lui-même » (C. civ., art. 900-1131) (3).

---

1. Cass., 3 juin 1863. S. 1864. I. 269.

2. S. 1868. I. 435.

3. D. 1873. 2. 177.

Spécialement est nul, le testament par lequel le *de cujus* lègue sa fortune à ses neveux, à la condition de l'employer à l'établissement d'une maison de secours destinée à recueillir à perpétuité les membres malheureux de sa famille. »

La jurisprudence a mis beaucoup de temps pour créer cette théorie de la nullité d'une libéralité, lorsque la condition mauvaise est la cause impulsive de la disposition principale. Une fois reçue et fixée, cette théorie fut toujours appliquée et l'est encore lorsque l'occasion se présente, pour écarter la disposition de l'article 900. Il s'agit de vérifier si cette théorie de la cause impulsive est juste, si cette nouvelle limitation de l'article 900 est acceptable telle que la jurisprudence la présente. En essence la théorie jurisprudentielle se réduit à deux considérations, d'abord : 1<sup>o</sup> l'article 900 est un texte impératif et 2<sup>o</sup> l'article 900 doit être écarté lorsque la condition a été la cause impulsive et déterminante de la libéralité.

Que l'article 900 soit un texte impératif pour la jurisprudence entière, c'est certain, on n'a qu'à lire dans un arrêt de la Cour de cassation du 17 juillet 1883 : « Attendu, quels que soient les motifs qui ont dicté cette disposition de la loi (art. 900) les termes en sont clairs et précis, qu'ils ne permettent donc pas de faire exception pour le cas où l'auteur de la libéralité aurait déclaré en subordonner l'effet à l'accomplissement de la condition qu'il a mise » (1). Comme la première considération, la seconde

1. Cf. Cass., 7 décembre 1885. *J. du P.*, 1888, p. 14. .

aussi est reçue par tous les arrêts que nous connaissons. De ces deux considérations la première, celle par laquelle on considère l'article 900 comme impératif, est une innovation de la jurisprudence, car la doctrine antérieure voyait dans l'article 900 un texte interprétatif. Demolombe considère l'article 900 fondé sur l'intention présumée du donateur ou testateur, c'est-à-dire que, d'après lui, chaque fois que le disposant montrait son intention de renoncer à la libéralité, la condition ne pouvait ou ne devait pas se remplir. D'après la jurisprudence, au contraire, on ne peut écarter l'article 900, même si le disposant a déclaré que la condition est de rigueur. Cette partie de la théorie jurisprudentielle, quoique en contradiction avec la doctrine, peut être acceptée. On peut dire que l'article 900 est un texte interprétatif comme on peut dire qu'il est impératif. Mais avec la seconde partie de la théorie les choses n'en vont pas de même. La théorie de la cause appliquée à une libéralité est critiquable, nous le montrerons dans ce qui suit. Pour cela il faut nous écarter un peu de la jurisprudence, et déterminer ce qu'est la cause en matière de libéralité.

a) La majorité des auteurs est d'avis que la cause d'une libéralité c'est l'intention libérale du disposant, ainsi nous lisons dans le traité de Demolombe : « Dans les contrats de bienfaisance, la cause finale, c'est l'intention d'exercer une libéralité ou de rendre un service. Il n'y en a pas d'autre, et il ne saurait y en avoir d'autres » (1).

<sup>1</sup> Demolombe, XXIV, p. 335, n° 352.

Nous nous serions déclaré satisfait de cette définition de la cause d'une libéralité si on avait mieux fixé la nature de l'intention libérale. Demolombe ne l'a pas fait, et comme dans un autre ouvrage nous trouvons cette précision, nous allons reproduire d'autres définitions fournies par d'autres auteurs. En effet dans l'ouvrage de M. Bartin nous trouvons une admirable définition de la cause en matière d'acte à titre onéreux, et à titre gratuit. D'après cet auteur la cause de l'acte à titre onéreux est « la volonté chez celui qui s'oblige à acquérir un équivalent en retour de son obligation » (1), tandis que la cause d'un acte à titre gratuit est « la conscience chez le donateur de n'obtenir aucun équivalent à la transmission de propriété qu'il fait ou à l'obligation qu'il assume » (2). Dans cette définition de M. Bartin, il est fait allusion à l'intention libérale, comme dans la définition de Demolombe, mais il ne s'agit pas d'une intention libérale abstraite, déterminée par un sentiment de bienfaisance, en dehors de tout intérêt personnel. On donne, c'est vrai, très fréquemment pour le simple plaisir de donner, d'accomplir un acte de bonté envers quelqu'un, mais il arrive aussi de donner pour satisfaire un intérêt personnel, et alors l'acceptation abstraite de l'intention libérale sera bonne pour les premières donations et ne satisfera pas pour les secondes. Au contraire si nous considérons l'intention libérale comme but immédiat d'une libéralité, elle sera, non pas le désir abstrait de faire

---

1. Bartin, *op. cit.*, 362.

2. *Op. cit.*, 362.

un acte de bienfaisance, mais la conscience de se dépouiller d'un bien sans rien recevoir comme équivalent. Cette conscience étant le but immédiat de la donation, elle en sera la cause. Pour les actes onéreux la cause est justement la conscience qu'on reçoit quelque chose, équivalent à la chose qu'on transmet. On peut se déclarer satisfait de ces deux définitions claires de la cause tant qu'on ne détermine pas de quelle nature doit être cet équivalent. Doit-il être appréciable en argent, ou peut-il être aussi un fait moral. Nous reviendrons un peu plus loin sur ces considérations lorsque nous parlerons de la justification apportée par M. Bartin à la théorie jurisprudentielle qui nous préoccupe. Nous n'avons pas du tout insisté sur une autre théorie de la cause, dans les libéralités, d'origine plus ancienne, et d'après laquelle la cause d'une libéralité c'est le motif qui a déterminé le disposant à la faire. En réalité la cause est justement ce motif même, car en effet pourquoi donne-t-on ? On donne parce que telle personne vous a rendu un service, parce qu'on porte affection au donataire, parce que tel autre nous donne l'espérance d'un profit, etc., etc..., mais le motif d'un acte est un fait psychique et le domaine de l'âme est fermé à l'homme de droit. Le jurisconsulte ne peut pas pénétrer dans le for intérieur de chaque individu, il doit se contenter de ce que les faits laissent paraître et l'apparence en matière de libéralité montre abstraitement qu'on donne parce qu'on a l'intention de donner, plus concrètement, on donne en ayant la conscience qu'on ne reçoit rien en échange de

ce qu'on donne ; on a vu que nous nous sommes arrêté à la dernière acception de la cause en matière de libéralité.

Fermons cette longue parenthèse pour reprendre la théorie de la jurisprudence et voir si la condition mauvaise peut jouer le rôle de la « cause impulsive et déterminante » d'une libéralité. Dire que la cause d'une libéralité peut entraîner la nullité parce qu'elle est illicite ou immorale, c'est dire que l'intention libérale dans l'acceptation admise par nous est immorale ou illicite. Or, ceci ne peut pas arriver sans confondre l'intention libérale avec le motif, qui peut très bien être immoral ou contre la loi, et nous avons vu que cette intention ne se confond pas avec le motif de la donation. L'intention libérale est la conscience de ne rien recevoir, ou c'est la volonté de donner sans recevoir ; or, cette volonté ne peut pas être illicite ou immorale, elle est toujours la même, un fait psychique en dehors de tout objet d'une obligation qui, seule, peut être licite ou non. Ainsi, en matière des actes onéreux, la cause peut être contre la morale, contre la loi, parce qu'elle se confond avec l'objet de l'obligation de l'autre partie ; pour les actes de libéralité, cet objet n'existant pas, la cause reste un fait de l'âme qui ne peut jamais recevoir la qualification d'un fait illicite. La conclusion qui s'impose est qu'une donation ne peut pas avoir une cause illicite ou immorale ; donc, parler de la nullité d'une donation parce que la condition mauvaise joue le rôle d'une cause impulsive et déterminante, c'est faire une erreur qui contredit le principe du droit.

Cet aperçu sur la cause d'une libéralité nous fait apercevoir le mal fondé de la thèse jurisprudentielle qui bien qu'acceptée encore par tout arrêt, doit être écartée en doctrine. Essayons de déterminer si la doctrine n'a pas essayé de donner un autre fondement à cette théorie, celui donné par la jurisprudence même est inacceptable.

Malgré tout, il faut éviter l'exagération. Il est vrai que la cause dans un acte à titre gratuit ne peut pas être illicite ou immorale, mais il faut nous assurer que l'acte en effet est gratuit, parce qu'il peut arriver que l'acte prenne la forme d'une libéralité et en réalité soit un acte à titre onéreux. Il se peut que la donation soit avec charge, et que la charge soit équivalente à la chose donnée, l'acte dissimule sous la forme d'une donation une vente véritable, il se peut que l'équivalent soit moindre que la chose donnée, mais l'acte en ce cas est mixte jusqu'à la concurrence de l'équivalence. Il s'agit de voir quel sera le sort d'une libéralité vente ou d'une libéralité mixte, donation et vente, lorsque la charge est illicite ou immorale. Dans le premier cas, personne ne conteste que nous sommes dans le domaine des actes onéreux et que si la charge est mauvaise l'acte doit tomber non pas sous la sanction de l'article 1172, mais de l'article 1131, parce que la cause est illicite ou immorale. Au contraire, pour le second cas, il y a divergence d'opinion. M. Bartin est d'avis que l'acte est en entier une donation, qu'il doit donc se soumettre à l'article 900. A son avis, considérer l'acte mixte, c'est scinder la volonté du testateur, qui a voulu faire une

donation et pas autre chose. D'après les propres mots de M. Bartin : « Le donateur, dit-il, a voulu faire un acte indivisible ; et ce qui le prouve c'est que, dans sa pensée, l'inexécution de la condition doit entraîner la résolution de la donation tout entière » (1), et pour notre cas, comme la condition mauvaise ne peut et ne doit s'exécuter, on appliquera l'article 900. Nous ne pouvons pas accepter cette opinion, car elle nous conduirait à des conclusions dangereuses. En l'admettant, l'application de l'article 900 deviendrait plus étendue, ce n'est pas là qu'est le danger, mais elle dépasserait le domaine des donations pour entrer dans le domaine des actes à titre onéreux, chose dangereuse, parce que pour ces actes il existe une autre sanction, soit que la cause soit illicite comme dans notre cas (1131), soit que la condition soit mauvaise (1172) et nous n'avons pas le droit d'écarter l'application d'un article sans avoir un motif puissant. Nous ne trouvons pas suffisant à ce point de vue le motif invoqué par les adversaires de notre opinion, qui soutiennent que la volonté du disposant doit rester entière, surtout qu'à notre avis, conformément d'ailleurs à l'opinion de M. Lepelletier dans la thèse citée (voir p. 157), si on accepte la théorie de M. Bartin, on méconnaît justement cette volonté du disposant. Celui-ci a voulu que la condition s'accomplisse et à défaut d'exécution il préfère que l'acte tout entier tombe. D'après M. Bartin, on applique l'article 900 et le donateur s'exécute. A notre avis c'est plus dire qu'on

---

1. Bartin, *op. cit.*, p. 382.

exécute la volonté du disposant si on annule complètement la partie de l'acte qui constitue un acte à titre onéreux que d'appliquer l'article 900 pour l'acte entier.

Ainsi donc il se peut dans une donation *sub modo*, que ce *modus* change la nature de l'acte. Dès lors, pour la partie qui devient acte onéreux on appliquera la théorie de la cause impulsive, pour le reste on appliquera l'article 900. La théorie de la cause impulsive qui est sans application possible lorsque l'acte est à titre gratuit, trouve matière à application lorsque l'acte devient à titre onéreux, ce qui se produit si la condition ou la charge est l'équivalent de la chose donnée. Recherchons donc ici de quelle nature peut être cet équivalent ? avec cette question nous entrons directement dans la théorie de M. Martin, qui veut trouver un autre fondement de la jurisprudence.

Nous commençons par poser une prémisse incontestable. Toutes les fois que l'acte se transforme en acte à titre onéreux on appliquerait l'article 1172 ou 1131. Nous avons vu que tant que l'acte reste une libéralité la théorie de la cause impulsive de la jurisprudence n'a pas de sens et nous avons vu aussi que l'acte devient onéreux lorsque la charge ou la condition est l'équivalent de la chose donnée. Il s'agit ici de préciser la nature de cet équivalent.

Peut-il être simplement moral ? ou doit-il être matériel et appréciable en argent.

L'acceptation d'une opinion ou d'une autre nous conduira à des applications variables plus nombreuses si nous

acceptons la première, moins nombreuses dans le second cas.

M. Bartin est d'avis qu'on peut admettre non seulement l'équivalent appréciable en argent, mais aussi l'équivalent simplement moral. Citons : « l'on peut faire un acte à titre onéreux en vue de satisfaire un simple intérêt d'affection... l'opinion contraire est une pure affirmation sans preuve, et qui me paraît en elle-même inexacte » (1). Avant d'établir que cet équivalent peut être un pur intérêt d'affection, précisons quelles conditions doit remplir la condition illicite, impossible ou immorale, pour pouvoir transformer l'acte gratuit en acte onéreux :

1° Il faut d'abord que le fait illicite ou immoral constituant la condition, soit dicté dans l'intérêt du disposant. Sur ce point nous n'insistons pas car nous y reviendrons bientôt lorsque nous parlerons de la nature de l'équivalent ;

2° En second lieu c'est l'intention pour le disposant de garder outre l'action en résolution de la donation, une action directe en dommages et intérêts, pour forcer le bénéficiaire à exécuter le fait mis dans la condition. Cette dernière action caractérise tout acte onéreux. Pour que l'acte tombe sous la théorie de la cause impulsive, il faut que le disposant ait l'intention de posséder cette action. La détermination de cette intention est une question de fait. M. Bartin nous dit : « c'est au juge du fait à rechercher si les pièces produites au cours du procès suffisent à établir,

---

1. *Op. cit.*, p. 375, note.

en même temps que le mobile intéressé du disposant, l'intention qu'il aurait eu de se réserver une sanction directe de l'obligation qu'il imposait aux donataires sous forme de condition » (1).

3° La condition doit être résolutoire. C'est dans ce cas seulement que l'acte apparaît comme onéreux et la théorie de la cause peut intervenir. La cause d'un acte onéreux c'est l'objet de l'obligation de la partie adverse, elle ne peut pas être remplacée par un fait d'une condition suspensive, qui contient un fait simplement *in conditione*.

Avec ces trois éléments, intérêt du disposant, action en dommages et intérêts, condition résolutoire, la condition peut transformer l'acte gratuit, en acte onéreux. Revenons maintenant à la question de savoir quelle nature pourrait avoir l'équivalent, doit-il être toujours pécuniaire ou peut-il être aussi un intérêt d'affection. La dernière opinion, comme nous l'avons vu, est celle de M. Martin. Nous la trouvons préférable, car l'autre opinion exposée par M. Lepelletier dans sa thèse est moins bien soutenue. Puisque nous adoptons la théorie de M. Martin, nous nous bornerons à en faire un court exposé. La condition mauvaise peut comprendre un simple intérêt d'affection et l'acte se transforme en acte à titre onéreux, la théorie jurisprudentielle de la cause impulsive peut intervenir. On objecte qu'on ne trouve pas un fondement dans le Code par lequel on pourrait donner une action directe, pour un

---

1. *Op. cit.*, p. 380.

simple intérêt moral, sans quelle action l'acte ne peut pas prendre la forme d'un acte, à titre onéreux.

L'objection n'est pas bonne, car on trouve dans l'article 1121 du Code civil un appui en sens contraire. Pour mieux comprendre, laissons parler M. Bartin lui-même :

« La loi moderne elle-même témoigne en faveur de l'affirmation que j'émet. Il me suffit de rappeler l'interprétation unanimement acceptée de l'article 1121. On peut stipuler au profit d'un tiers, dit ce texte, lorsque telle est la condition d'une donation que l'on fait à un autre. Tout le monde s'accorde à reconnaître que l'expression « donateur » de l'article 1121 n'est nullement limitative (Demolombe, XXIV, n° 247, p. 233. — Aubry et Rau, § 343 *ter*, note 17, IV, 309), et l'on peut ériger en principe, grâce au puissant argument d'analogie que fournit l'article 1973, que chaque fois qu'une personne s'impose vis-à-vis d'une autre une charge quelconque, aliénation ou obligation, à condition que celle-ci accomplisse une prestation en faveur d'un tiers, il naît un contrat dont cette personne peut exiger et poursuivre l'exécution, bien qu'elle n'ait aucun intérêt personnel à cette exécution et que ce contrat réponde purement et simplement chez elle à un intérêt personnel (1). »

On objecte encore que même en admettant cette opinion, on rencontrera une difficulté pratique, consistant dans l'impossibilité de donner une valeur pécuniaire à un

---

1. Bartin, p. 375, note.

intérêt moral, ce qui sera nécessaire pour savoir si l'équivalent moral égale en valeur la donation, auquel cas l'acte peut devenir onéreux. Nous estimons que cette objection de difficulté pratique n'est pas tout à fait juste, parce que si les principes compris dans le Code civil conduisent à la solution de l'équivalent moral, et ils nous y conduisent, il faut l'admettre, quitte ensuite par tous les moyens possibles à surmonter cette difficulté.

Il nous reste encore un mot à dire. C'est que la théorie de la cause qui transforme l'acte gratuit en acte onéreux ne peut jamais s'appliquer en matière de testament. En effet, le testament est toujours une libéralité, il a toujours comme cause l'intention libérale qui, nous l'avons vu, ne peut jamais être illicite ou immorale. Si on voulait transformer le testament en un acte onéreux on ne le pourrait pas sans contredire aux principes du droit. Le testament présenté comme acte à titre onéreux sera une offre de contracter, et comme le testament ne peut être accepté qu'après la mort du disposant, comme d'autre part l'offre tombe après la mort de celui qui l'a faite, on voit très bien que le testament sous la forme d'un acte à titre onéreux, sera anéanti.

Le domaine de l'article 900 reste ouvert pour toutes les dispositions testamentaires (1).

---

1. Nous citerons quelques arrêts qui prouvent que la théorie de la cause impulsive est une chose acquise pour la jurisprudence, mais nous laisserons de côté toute la jurisprudence avant 1889 qu'on peut trouver dans des ouvrages antérieurs comme celle de M. Bartin.

Req., 29, juill. 1889. D. P. 90, 1, 396. — Civ., 1. 20 févr. 1895. D. P.

3. *Limitation de l'article 900 par la théorie de l'erreur.*

— Nous parlerons dans ce dernier paragraphe de la dernière limitation qu'on peut apporter à l'article 900. On sait que cet article frappe les particuliers qui par leurs dispositions méconnaissent la morale et les lois. Chaque fois que cette crainte n'existe plus on ne doit pas appliquer l'article 900. Et ceci arrive, lorsque le disposant a mis par erreur une condition mauvaise de telle sorte que s'il en avait connu la nature immorale ou illicite il ne l'aurait pas insérée. Cette erreur peut apparaître dans les déclarations mêmes du disposant, dans ce cas naturellement on ne doit pas appliquer l'article 900, car il est évident que le disposant n'a pas voulu méconnaître l'ordre public et les bonnes mœurs. Mais cette erreur peut apparaître dans l'acte même sans que le disposant l'ait prévue. Dans ce second cas le juge a le devoir, nous le croyons, de bien pénétrer le sens de la condition, et si elle n'est pas faite intentionnellement contre la loi, mais simplement par erreur on ne doit plus appliquer l'article 900.

Cette limitation par la théorie de l'erreur de l'article 900 ne peut s'appliquer qu'en matière des testaments, car les

---

95, 1, 473. — Civ. r., 26 mai 1894. D. P. 95, 1, 217 et la note de M. Planiol. — Req., 29 janv. 1896. D. P. 96, 1, 573. — Trib. civ. de Blois, 24 juin 1891. D. P. 92, 2, 601. — Civ., 19 oct. 1896. D. P. 97, 1, 604. — Req., 9 mai 1905. D. P. 1905, 1, 428. — Req., 8 mai 1901. D. P. 1902, 1, 220. — Req., 29 juin 1904. D. P. 1904, 1, 528. — Lyon, 27 janv. 1904. D. P. 1904, 5, 166. — Nancy, 10 déc. 1904. D. P. 1906, 2, 74. — C. de cass. (Ch. de req.), 6 janvier 1909. *Gazette du Palais*, mars 1909.

donations, étant faites sous une forme solennelle, une pareille erreur ne peut pas pénétrer dans l'acte. La théorie se rapporte à une question de fait, laissée tout à fait à l'appréciation du juge,

\*  
\*   \*  
\*

De ces trois limitations de l'article 900, par l'article 901, par la jurisprudence et par la théorie de l'erreur, la plus importante est celle de la jurisprudence.

Les deux autres limitations trouvent très peu d'application pratique, tandis que la troisième est presque d'une application journalière. On a vu dans les développements de ce chapitre que la théorie de la cause impulsive et déterminante ne tient pas debout, parce que la cause d'une libéralité, étant l'intention libérale, elle ne peut jamais être illicite ou immorale. Les auteurs s'efforcèrent de trouver un autre fondement et ils transformèrent l'acte à titre gratuit en acte onéreux, dans lequel la cause étant différente de celle d'une donation, peut-être immorale ou illicite, et alors par application de l'article 1131 l'acte peut tomber entièrement.

Cette analyse de la jurisprudence française nous est très précieuse pour prouver la théorie à laquelle nous devons aboutir d'après tout ce qui précède. La jurisprudence, la pratique pour ainsi dire, a trouvé excessif d'appliquer dans beaucoup de cas l'article 900. Alors on l'a écarté par cette théorie de la cause, bonne ou mauvaise,

cela ne nous intéresse pas à présent, le principal est de constater le besoin pratique, d'éliminer l'application de l'article 900. Or, c'est justement à l'écartement de l'article 900 que notre dissertation antérieure nous conduit.

---

## CHAPITRE V

---

### ÉTUDE DU PROBLÈME DANS LE DROIT ROUMAIN

---

Nous étudierons dans ce cinquième chapitre le problème posé dans la législation de notre pays. Quoique nous nous occupions maintenant d'une législation spéciale et peut-être inconnue, nous n'abandonnons pas le critérium scientifique qui nous a dirigé depuis le commencement de notre travail. Nous nous sommes proposé d'étudier le sort d'un acte gratuit entaché d'une condition mauvaise dans la législation moderne, et alors nous avons cherché dans l'espace et dans le temps quel était l'état de notre problème, c'est-à-dire quelle était la solution et quelle était l'explication. Nous avons entrepris ce lent examen des législations des temps d'autrefois et des temps actuels avec un but scientifique. Notre but était d'abord de donner à l'article 900 l'explication vraie, la seule admissible et c'est pour cela que dans le chapitre antérieur nous nous sommes occupé de l'état du problème dans le Code Napoléon, dans la doctrine française, dans la jurisprudence. Après avoir cherché

une réponse aux législations anciennes et aux législations d'autres pays, nous interrogeons à présent la doctrine et aussi la jurisprudence de notre pays. L'histoire du droit, le droit comparé, la doctrine, la jurisprudence nous donnent l'aspect de la question en droit moderne roumain.

Mais notre but ne se borne pas à détruire seulement une solution donnée, car en critiquant le Code Napoléon nous trouvons l'article 900 mauvais. Nous avons un but plus élevé, plus scientifique. La science, si elle se contentait de détruire ce qu'on a établi une fois, serait un désastre, elle doit écarter les solutions faibles, mais elle doit avoir toujours le soin de les remplacer, elle doit aussi construire. Détruire sans construire c'est rétrograder. Les choses se passent ainsi dans les sciences les plus positives et aussi dans les sciences moins exactes comme les sciences sociales, dont fait partie le droit. Regardez la physique, on émet des hypothèses pour expliquer des phénomènes, si par hasard cette hypothèse est contredite par un nouveau phénomène, l'hypothèse changée, au lieu de tendre à devenir une théorie elle reste une hypothèse et une hypothèse suspecte.

Est-ce qu'on l'écarte sans en avoir une autre meilleure ? Non, certes. Il vaut mieux avoir une hypothèse meilleure sans doute, mais une ancienne hypothèse mauvaise vaut tout de même mieux que rien. Les solutions en droit sont comme les hypothèses, elles paraissent bonnes, on les admet, si un fait de la vie pratique contredit ces solutions de droit, on en cherche une nouvelle mais en

n'écartant pas l'ancienne sans avoir trouvé l'autre. Dans le chapitre IV nous avons écarté la solution du Code français. Si nous nous bornions à cette conclusion, nous aurions fait une mauvaise chose. Nous construirons donc dans le chapitre présent une solution que nous avons laissée entrevoir depuis le commencement de l'ouvrage, celle qui nous paraît plus conforme à l'esprit moderne. Pour faire cette opération de construction, il nous fallait trouver une législation où il n'existât pas une solution fixée par un texte de loi, où le travail de l'interprète fût libre, si libre qu'il ne dût s'inquiéter que d'une seule chose, des principes scientifiques du droit. Nous avons choisi la législation roumaine. Notre tâche sera remplie plus consciencieusement, car nous parlerons d'une législation que nous avons eu l'occasion de connaître mieux que les autres. La solution que nous donnerons pour notre pays sera la solution où tous les moyens scientifiques que nous avons employés nous conduisent. On doit voir dans ce chapitre la synthèse de notre problème. Elle n'est pas seulement pour notre pays, elle est aussi bien pour notre pays que pour tout autre pays dont le Code admet à peu près les mêmes principes que les législations française et roumaine. C'est ainsi que nous expliquons ce soin singulier de donner une grande étendue à l'étude d'une législation sans originalité comme l'est la nôtre.

Nous pensons apporter pour les nôtres une lumière sur cette question, quoique nous ne soyons pas le premier à soutenir l'opinion que nous soutiendrons.

I. — *Etat du problème dans le droit roumain.*

Voyons d'abord quelle est la situation de la question en droit roumain. Notre Code civil ne contient qu'une seule disposition relative à la question qui nous intéresse, c'est l'article 1008, la traduction de l'article 1172 du Code Napoléon. Donc une disposition dans la matière de convention. Nous ne citons pas l'article du Code civil roumain, car c'est tout à fait l'article 1172 du Code Napoléon.

Pas un seul mot pour les donations, pas un seul pour les testaments. Comment allons-nous résoudre ce problème dans cette législation. Nous avons trois voies à suivre : appliquer la solution française, donations et testaments valables, conditions mauvaises nulles, ou bien appliquer la solution romaine, seulement le testament valable et la condition nulle, ou bien encore étendre la solution des conventions aux donations et aux testaments. On pourrait parler d'une quatrième solution, celle donnée par le Code autrichien, et la législation anglaise, où l'on fait une distinction entre la condition résolutoire et la condition suspensive, mais étant trop fragile, nous la laissons de côté. Nous avons une législation calquée sur la législation française, c'est pour cela que nous posons la solution française comme pouvant être appliquée à la nôtre. Appliquer la même solution que celle du Code Napoléon est inconcevable, quoique la ressemblance entre le Code civil

roumain et le Code civil français soit surprenante, dans les développements qui suivent nous allons voir si la solution française peut être acceptée par la jurisprudence et la doctrine roumaines. Nous relevons une observation qui en apparence serait contre l'opinion que nous développons. Le Code civil roumain est une copie fidèle, une traduction hâtée du Code Napoléon. Vers l'an 1864 on a senti le besoin d'une codification, et alors dans le court délai de deux mois, le prince Alexandre Cuza a chargé le Conseil d'Etat (institution qui n'existe plus) de confectionner le Code. Que faire ? Le temps pressait, les membres du Conseil d'Etat, au lieu de faire œuvre de législateur font œuvre de traducteur, et ils traduisent le Code Napoléon presque littéralement. Comme nous dit le remarquable jurisconsulte roumain M. Nacu (1) : « Le Code civil est presque en entier la traduction peu soignée du Code Napoléon », et plus loin : « Dans le Conseil d'Etat on ne voit aucune trace de discussion. Aucune exposition des motifs n'accompagne le rapport par lequel on demande la sanction du prince. »

Donc, aucun travail préparatoire, on commence la traduction le 10 octobre et on la termine le 26 novembre. En six semaines le Code civil a été fait et promulgué. On n'a pas tout traduit, on a ôté quelques dispositions, mais comme dit le même jurisconsulte, dans le même ouvrage, à la page 21 : « Chaque fois que le législateur roumain

---

1. *Comparaison entre le Code civil roumain et le Code Napoléon*, p. 20.

apporte une modification, il le fait avec grande timidité. » Cet exposé que nous faisons sur la rédaction de notre Code nous conduit à une question qui nous intéresse. Il faut relever encore que l'article 900 du Code français n'a pas été traduit par les rédacteurs roumains. Eh bien, la question qui se pose est de savoir si cette omission a été intentionnelle ou bien seulement le résultat d'une erreur. Ceux qui soutiennent que la solution française ne peut pas s'appliquer dans notre pays tirent un argument en disant que l'article 900 a été omis intentionnellement. Quoique nous non plus nous ne puissions appliquer la solution française chez nous, nous ne pouvons pourtant admettre que l'omission ait été volontaire.

Non, on a très peu réfléchi sur le Code Napoléon faute de temps, pour croire que l'omission ait été faite après un raisonnement sérieux, nous n'insistons plus sur ces observations, nous nous contentons de garder pour le moment la conclusion que l'article 900 a été écarté sans beaucoup de réflexion. On peut dire que le problème dans le droit roumain se trouve ouvert aux systèmes : une solution précise pour les conventions et rien en matière de donations comme en matière de testaments. Il paraît qu'en matière de donations et de testament la discussion s'engage entre les auteurs, mais généralement on a assimilé les donations aux contrats. Au contraire, en matière de testament, la discussion est encore ouverte. D'après ce qui précède, on a pu constater que la solution française est inacceptable. On ne peut pas en droit roumain assimiler quant aux

effets les donations avec les testaments, quoique, au fond il y ait une parenté entre ces deux sortes de dispositions, toutes les deux étant des libéralités. L'argument capital qui est en notre faveur, c'est la conclusion que nous avons obtenue lorsque nous avons parlé du droit intermédiaire français et de l'origine de l'article 900. Nous avons vu que la loi inspiratrice de l'article 900 du mois de septembre de l'an 1791 a été faite sous l'influence des besoins politiques, et que les mêmes considérations, quoique affaiblie, étaient encore dans l'esprit des rédacteurs du Code Napoléon.

Cette solution critiquable pour le droit français, mais impossible à être écartée, le texte étant clair, ne peut pas servir de solution dans notre législation. Il nous manque les événements politiques qui ont déterminé une loi pareille à celle de 1791, nous ne pouvons pas adopter une solution mauvaise comme celle de l'article 900. La loi de 1791 a l'empreinte d'une loi spéciale, faite pour une époque, pour des nécessités spéciales, elle n'a rien à chercher chez nous. En second lieu les donations ressemblent aux contrats, comme nous l'avons déjà dit. Les auteurs se bornent à considérer comme naturelle et rationnelle cette assimilation, quant aux effets donc impossible d'appliquer la solution française.



Il nous reste deux solutions possibles sur lesquelles on a beaucoup discuté et qui ont été adoptées par de grands

jurisconsultes de notre pays. Nous nous occuperons dans deux paragraphes de ces deux opinions, l'une par laquelle on étend la solution des contrats aux dispositions testamentaires et l'autre par laquelle on maintient la solution romaine. Nous aurons soin de montrer quels sont les motifs qui nous ont déterminé à nous attacher à l'une de ces deux solutions.

I. — Commençons par la solution habituelle, application du droit roumain, validité des dispositions testamentaires, nullité des conditions mauvaises. Cette opinion a beaucoup de partisans. Nous trouvons chez eux un effort très louable de la fonder sur des arguments sérieux, des principes de droit. Ainsi nous pouvons citer (1) l'éminent jurisconsulte Degré, ancien conseiller à la Cour de cassation et M. Nacou, un distingué professeur de droit à la Faculté de Bucarest (2), qui partagent cette façon de voir. Il faut avouer que cette opinion a pour elle presque tous les auteurs de droit. Nous analyserons cette opinion de la doctrine. Un premier argument invoqué par ces auteurs est la force du droit romain. M. Nacou se borne à invoquer le droit romain comme argument imposé par la sagesse de ce peuple si parfait en droit, tandis que Degré veut prouver dans ses articles que le droit romain a une force légale, qu'il est encore en vigueur par l'application des conflits des lois antérieures.

---

1. Revue *Le Droit (Dreptul)*, 21 janvier 1890. (*Testaments faits sous une condition impossible et illicite.*)

2. *Traité de Droit civil*, vol. II.

Nous pensons que ce premier argument sous une face ou sous une autre ne nous donnera pas beaucoup de mal pour le réfuter. Tel que M. Nacou le présente il est inacceptable. On a vu en étudiant le droit romain que cette solution était expliquée par les mœurs propres au peuple romain, et que si l'on voulait la recevoir dans une législation moderne, il faudrait trouver les mêmes considérations qui ont conditionné la solution romaine. On a vu ensuite dans le reste de l'étude historique et de l'étude des législations comparées que cette solution passée en force de loi ne trouve aucune explication, les principes du droit romain qui gouvernaient les testaments n'existant plus et par conséquent toutes les législations qui l'ont admise étant en faute. Notre droit actuel par la sagesse des rédacteurs ou par le hasard n'a pas fixé en un texte de loi cette solution. Nous avons la liberté de nous acheminer vers un autre but plus conforme aux principes du droit moderne. L'invocation du droit romain sous cet aspect est donc loin de servir comme argument de cette opinion. Analysons l'autre face, celle montrée par Degré, celle qui peut être en apparence plus scientifique mais qui tout de même est fondée sur un terrain sablonneux. Il nous dit que la comparaison entre le Code actuel de notre pays avec les Codes antérieurs qui directement ou indirectement conservaient la solution romaine nous conduit à la conclusion que cette solution est encore en vigueur. Le droit romain n'a pas une simple force d'argument par analogie, mais il a une force de loi, non seule-

ment nous devrions mais nous devons nous soumettre à l'autorité du droit romain. Pour admettre cet argument il faut reconnaître comme étant justes les prémisses de Degré. Notre Code actuel par l'article 1912 n'abroge pas les lois antérieures lorsqu'elles ne se trouvent pas en contradiction avec le droit ancien. Et Degré nous dit que les lois antérieures ne se trouvant pas en contradiction, elles s'appliquent. En vérité, l'article 1912 établit la forme de l'abrogation tacite. On ne méconnaît pas toutes les lois antérieures, on méconnaît seulement les dispositions de ces lois qui contredisent celle du Code actuel.

Nous avons vu dans le chapitre où nous avons étudié les deux législations anciennes des principautés roumaines quel était l'état de problème en Roumanie avant le Code actuel. En Valachie le Code Caragea ne fixait qu'un article en matière de convention, comme le Code actuel est pour les donations et testaments il était muet. Alors on disait que le droit romain qui était en vigueur en Valachie par les Basilicales devait s'appliquer même sous le règne du Code Caragea. On a vu que nous acceptons cette opinion quoiqu'elle soit critiquable comme partout où la solution romaine s'impose, mais si la loi romaine était en vigueur c'est comme si un article spécial avait été inséré dans le Code Caragea. Dans cet état on devait se soumettre à la solution du droit romain. En Moldavie il y avait le Code Calimah qui, plus explicite que le Code Caragea, nous donne des dispositions de texte en

matière de conventions et de testaments dans le sens de la solution romaine. Si les Codes antérieurs au Code actuel ne contenaient rien de contradictoire avec lui, la solution romaine pourrait rester debout et l'argument de Degré devrait être reçu sans aucune objection.

Mais est-il vrai qu'il n'y ait pas de contradiction entre les dispositions du Code Caragea et du Code Calimach d'un côté et le Code civil actuel de l'autre ? Voilà une question qui, si elle est négativement résolue, fait tomber la force de l'argument de Degré et en même temps de sa solution. Nous trouvons qu'il y a une contradiction évidente entre les législations antérieures et le Code civil actuel de notre pays.

Nous avons insisté au commencement de cet ouvrage sur la question que le problème posé par l'article 900 du Code Napoléon est une disposition de la même famille que celle de l'article 6. Eh bien, dans notre Code civil il existe un article presque identique, ce n'est pas étonnant puisque nous avons constaté que le Code roumain était la traduction du Code Napoléon. L'article 5 qui dispose que : « On ne peut pas déroger par des conventions *ou dispositions particulières* aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs... »

Si on compare cet article avec l'article correspondant du Code français, on remarque qu'il y a une différence de rédaction.

L'article 6 du Code Napoléon ne parle que de conventions, tandis que le nôtre ajoute et « dispositions particu-

lières ». Nous insisterons plus loin sur cette différence, mais nous exprimerons seulement notre opinion en en retardant la justification. Par « dispositions particulières » on ne peut entendre que les donations et les dispositions testamentaires.

Par conséquent, on ne peut déroger par ces dispositions au droit public et aux mœurs, ce qui prouve que l'esprit de notre Code empêche la validité des testaments faits sous des conditions mauvaises que toute solution qui donne une existence juridique aux testaments entachés d'une condition mauvaise, sera en contradiction avec le Code actuel. La solution de l'ancien droit valide les testaments ; sous une pareille condition elle est donc en contradiction avec notre code. Donc en appliquant l'article 1912 les dispositions antérieures doivent être considérées comme définitivement abrogées. Nous avons vu que l'argument fondé sur le droit romain envisagé sous ce second aspect ne peut pas nous mener à la solution romaine. Mais à côté du raisonnement de conflits des lois, les autres partisans de cette théorie invoquent des principes de droits. Ainsi Degré part de trois principes confirmés dans le Code civil qui lui donnent l'explication de son opinion. Il nous parle d'une règle posée dans l'article 578 du Code romain, traduction littérale de l'article 1457 du Code Napoléon (inutile de citer, il est identique), dans lequel nous voyons que lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, il faut l'interpréter dans le sens où elle peut produire un résultat quelconque. Arrêtons-nous un

moment sur cet argument de principe. Il est incontestable, l'article est clair, mais peut-il s'appliquer à la question qui nous intéresse ? Nous pourrions écarter l'application de cet article par le raisonnement des strictes interprétations employées par les auteurs lorsqu'ils ne veulent pas étendre l'article 1108 des contrats aux testaments. Nous sommes avec l'article 978 dans la matière des conventions, chaque matière doit se suffire avec les principes exprimés dans le chapitre correspondant. Par suite l'article 978 ne doit pas être appliqué en matière de testament. Mais nous ne voulons pas utiliser cette manière d'écarter une opinion parce que nous la trouvons trop faible et qu'ensuite elle contredirait notre conviction, que les principes du Code ne se séparent pas définitivement d'après les chapitres et que dans une matière on pourrait trouver l'explication d'un texte par d'autres textes. Ce n'est pas une opinion raisonnable que de repousser l'application de l'article 978 aux testaments, et nous entendons expressément au contraire le leur appliquer, mais avec une seule restriction, c'est que nous nous trouvions dans la situation indiquée par l'article 978 (1157 C. Nap.). Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, donc lorsqu'il y a un doute nous l'interpréterons dans le sens de produire un effet. Malheureusement, ce principe d'interprétation ne peut pas s'appliquer dans notre matière. Nous ne parlons pas des dispositions sur lesquelles il y a un doute, les actes sous une condition n'ont rien de douteux, ils sont seulement incertains. Quant aux conditions mauvaises elles aussi n'ont

rien de douteux en elles. L'article 978 n'a rien à chercher ici, car on ne peut pas parler de doute. Voilà donc ce premier principe écarté. Passons à un autre principe posé par ce jurisconsulte. Il invoque de nouveau un article du Code l'article 1669 (C. Nap., art. 1227) où il nous dit : « La nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale. La nullité de celle-ci n'entraîne point celle de l'obligation principale. »

Voilà le second principe. Et on peut aller plus loin pour donner toute la force du principe. Comme nous le voyons, notre jurisconsulte développe ici l'argument sur lequel nous avons beaucoup insisté précédemment et qui divise la volonté du disposant en deux, l'une principale et l'autre accessoire et alors conforme au principe invoqué on annule la dernière et on valide la première. Division de la volonté du testateur, voilà une chose qui ne nous satisfait pas. La volonté est une, elle ne peut pas souffrir de morcellement. Un homme qui se décide à faire un acte de disposition soumis à une condition quelconque veut que cet acte se réalise dans son entier. On n'a aucun motif de faire une distinction entre conditions impossibles, illicites ou immorales et entre d'autres conditions valables. Toutes forment un tout avec la disposition principale. On ne peut pas dire que la disposition de libéralité est la disposition principale et que la condition est l'accessoire. Conditions et legs font la disposition, l'une sans l'autre n'a pas d'existence. Par conséquent, le principe *utile per inutile non vitiatur* ne s'applique pas. Ce nouvel argument

de principe trouvé dans le texte n'a pas de force comme le premier d'ailleurs parce que, nous le répétons encore une fois, nous sommes en face d'une seule disposition, l'expression d'une volonté unique du testateur, il ne s'agit pas de partie principale et de partie accessoire. Et ensuite, même si ce principe était vrai, il n'est pas suffisant, car dans tout acte, soit convention, soit donation, on ne pourrait diviser cette volonté, annuler la condition et valider la partie principale. Admettre ce principe vrai en droit et pour les questions où il peut s'appliquer c'est renverser la solution entière du droit moderne, renverser même la disposition de l'article 1008. Ce que soutient et justifie la solution donnée en matière de convention et par extension en matière des donations, c'est justement le principe d'unité de la volonté. Nous avons un seul acte. Qu'il s'exécute entièrement ou bien alors pas du tout.

Nos adversaires répondent que la solution différant entre les conventions ou les donations d'un côté et le testament de l'autre, s'explique par la considération que dans les conventions ou dans les donations les parties vivent et peuvent très bien refaire l'acte, tandis que dans le testament le bénéficiaire n'est pas coupable de la disposition mauvaise, n'ayant pas été partie à la confection de legs et que par conséquent il ne doit pas souffrir. Il est vrai que le bénéficiaire n'est pas partie à la confection, mais est-ce que c'est un motif suffisant pour mépriser la volonté du testateur. Nous ne le croyons pas. Retenons donc une chose, celle que conformément au principe de

l'unité de volonté on n'a pas le droit de séparer l'effet des conditions de l'effet de la disposition pure et simple. Maintenant arrivons au dernier argument de principe, qui est admis non seulement par Degré mais par tous les partisans de cette théorie. Nous n'avons pas le droit d'étendre la solution donnée par l'article 1008 en matière de convention, parce que cette disposition est exceptionnelle et en matière d'exception les dispositions sont de strictes interprétations. Voilà comme ils présentent l'argument dans toute son ampleur. Pour ces auteurs l'article 1008 (ou 1172) est une dérogation au droit commun, en entendant par droit commun le système qui se révèle de ces deux principes que nous avons combattus. Interprétation dans le sens de produire un effet, différenciation entre les parties principales et accessoires d'un acte. Nous croyons avoir écarté ces deux principes comme non applicables à notre problème et par conséquent ces deux principes ne peuvent constituer pour nous le droit commun, car, à notre avis, la disposition de l'article 1008 représente le droit commun. Ce n'est pas une simple affirmation gratuite, toutes les conclusions de notre étude jusqu'à présent tendent à établir comme solution générale la solution de l'article 1008 (ou 1172), c'est la solution consacrée par le droit moderne entier, c'est la solution qui a été imposée à la raison depuis les temps anciens, c'est la solution qui constitue la sagesse des peuples, c'est en un mot le droit commun. Les adversaires disent, dans l'article 1008, nous trouvons une présomption légale, elle

doit être appliquée strictement. Mais à notre avis, il n'y a aucune présomption dans cet article.

Devant ce texte impératif la présomption légale invoquée ne se conçoit pas. Nous admettons qu'en matière de présomption on doit appliquer le principe de stricte interprétation, mais s'il n'y en a pas, la stricte interprétation n'a pas de sens.

En résumé donc, l'article 1008, contraire à l'opinion adverse représente justement le droit commun pour notre problème et comme il n'est pas une présomption légale des strictes interprétations, ce nouvel argument nous encourage à persévérer dans notre opinion. Fouillons les autres arguments des partisans de cette théorie et voyons si nous en trouvons un plus puissant, car d'après ceux que nous venons d'énumérer leurs opinions s'écroulent.

Nous n'en trouvons plus, car celui dont nous allons parler maintenant a été mal choisi. Il nous donne l'impression que les adversaires doivent se juger impuissants, c'est l'argument le plus faiblement soutenu. Comme cet argument sera utilisé pour le développement de la seconde opinion, nous nous contentons ici de l'énoncer. C'est l'argument tiré de l'article 5 dont nous avons parlé un peu plus haut. Ils disent que pour eux l'article 5 prouve la vérité de leur théorie (1).

---

1. La jurisprudence presque entière approuve cette opinion. Cass. et la Cour de Focchani, *Droit*, 1884, n° 22 et 47. — *Bulletin de la C. de cass.*, 1884, sec. I, p. 265 et 407. — Tribunal Ilforv, *Droit*, 1891, n° 1. — Cour d'appel Bucarest, sect. I, *Droit*, 1902, p. 79. — Cour de cass.



Nous arrivons maintenant à l'opinion que nous partageons, nous ne sommes ni le premier ni le dernier partisan de cette solution, c'est-à-dire de l'application de l'article 1008 du Code civil romain, nullité de l'acte entier entaché d'une condition mauvaise, aux donations et aux testaments. Plusieurs auteurs, M. Petresco (1), M. Stefanescu (2) conseillers à la Cour de cassation, et M. Alexandresco professeur (3), partagent cette façon de voir. Quoique nous soyons de la même opinion, nous ne nous contentons pas de reproduire les arguments qu'ils ont utilisés. Nous les soumettrons tous à l'analyse raisonnée d'un jugement objectif, et nous garderons seulement ceux qui résisteront à cet examen. Nous ne sommes pas avide de remplir des pages avec une argumentation apparente, et si nous n'avons qu'un seul argument en notre faveur nous nous en contenterons s'il est satisfaisant. Comme nous avons employé une méthode tout à fait scientifique pour arriver à cette conclusion, nous pourrions très bien nous arrêter là, la méthode

---

S. II, n° 56, 1902. — *Le Courrier judiciaire*, p. 154, 1902. — Tribunal Dorohoi, *Courrier judiciaire*, p. 4, 1904. — C. d'appel Iassy, S. I, C. jud., p. 566, 1904.

1. Petresco, *Testamente*, 1889, p. 365.

2. Stefanescu (*Drepteil*, 1879, n° 12), sur les effets des conditions impossibles et illicites dans les donations et les legs.

3. Alexandresco, *Donations et Testaments (Traité de Droit civil, t. II)*.

est trop sérieuse pour douter de ses résultats. Nous disions au début de notre travail que la méthode historique et la méthode de législation comparée ressemblent beaucoup à la méthode inductive des sciences positives.

On expérimente pour vérifier des résultats déjà connus, c'est ainsi qu'avec les méthodes indiquées, nous avons pesé la solution du problème du Code Napoléon et nous nous sommes fait une idée également expérimentale pour relever les bonnes solutions. C'est ainsi que notre méthode nous a conduit à un nouvel aspect de la solution du problème. Nous ne nous sommes pas imposé une solution, nous nous sommes demandé en arrivant à notre conclusion où l'étude antérieure nous avait conduit ? Comme nous le disions plus haut, en conclusion, cette méthode suffirait à prouver une solution, mais si par hasard d'autres ont apporté un argument favorable il faut en profiter, et si les autres ont apporté sans le vouloir des raisons fausses, il faut les écarter. Nous commençons par écarter certains arguments insoutenables. Dans son ouvrage sur les testaments, M. Petrescu pour soutenir son opinion que l'article 1008 s'applique aussi aux testaments, invoque un argument assez faible, il dit « un testament sous condition impossible, illicite ou immorale ne peut être fait que par un fou ». Erreur coupable, il a généralisé une chose vraie. Sans doute il y a des conditions dont l'insertion peut faire douter de la santé d'esprit de celui qui en est l'auteur. Imaginez cette condition impossible : « Je vous donne telle maison après la résur-

rection de notre oncle X... mort. » Si nous étions juge nous dirions sans hésiter que le testament est fait par un fou, sans demander l'avis des docteurs. Mais de là jusqu'à dire que toutes les conditions mauvaises sont faites par des fous, c'est une exagération et une erreur qui ne s'explique que par le désir de prouver une opinion en faveur de laquelle ses partisans n'ont pas trouvé assez d'arguments. On fausse la vérité et le bon sens et on se trompe soi-même. Malheureux moyen pour celui qui l'emploie, car il n'arrive à aucun résultat favorable. Un autre argument servi à l'appui de cette opinion c'est le suivant : pour quelques-uns (Stefaneseo) l'article 900 du code civil français a été effacé intentionnellement. On sait d'après notre petite introduction que le Code civil roumain est une traduction fidèle du Code Napoléon. Eh bien, les auteurs qui soutiennent l'opinion à laquelle nous adhérons disent que les rédacteurs roumains en écartant l'article 900 ont voulu accepter la solution de l'article 1008. Peut-être, mais comme nous n'en sommes pas sûr, nous n'en pouvons pas tirer un argument à l'appui de notre thèse. Nous entendons donner un argument qui seul suffit à soutenir notre opinion, mais nous voulons l'obtenir par un procédé non scientifiquement équivoque et ne reposant pas sur un doute comme celui que nous venons de mentionner. On a vu que nous estimons que cette omission a été faite sans volonté comme presque toutes les autres. D'ailleurs, même si elle avait été omise comme le prétend M. Stefaneseo, avec intention, on ne pourrait pas savoir ce qui

aurait été le but de notre législateur. Si la rédaction du Code civil roumain était accompagnée d'un exposé de motifs nous aurions compris l'utilité d'étudier cet exposé dans lequel se refléterait l'esprit du législateur et d'en tirer une conclusion. Mais pour le pénétrer, il faut en avoir la possibilité, il faut analyser les discussions, l'exposé des motifs et ainsi de suite, ce n'est pas le cas de notre Code. Une traduction en hâte sans discussion préalable voilà la rédaction de notre Code. Nous ne pouvons pas déterminer l'esprit du législateur, nous n'avons pas le droit, dans une argumentation sérieuse, d'invoquer l'omission de l'article 900 en notre faveur. Il se peut très bien que le législateur ait pensé étendre la solution de l'article 1008 en matière de testament, comme il se peut très bien qu'il ait pensé aux législations antérieures de notre pays où nous avons vu que la solution romaine s'imposait. L'omission de l'article 900 ne peut être apportée comme argument à l'appui de notre opinion.

Enfin, relevons encore un argument qui ne nous sera d'aucune utilité. M. Stefanescu parle d'une considération qui se dégage de la législation entière, la considération que dans toutes les législations modernes les libéralités ne sont pas bien vues, et que par conséquent il est inutile de faire une différence entre les libéralités pures et simples et celles qui sont conditionnelles en voyant d'un meilleur œil ces dernières. C'est vrai, on favorise la liberté conditionnelle dans l'opinion qui les valide, et il est vrai, encore, que la législation regarde avec défaveur les dispo-

sitions gratuites. Mais nous ne pensons pas que cette considération puisse servir à prouver l'application de la solution de l'article 1008 en matière de donations et de testaments. Le législateur prend beaucoup de précautions, demande beaucoup de formalités pour réaliser une donation ou un testament, mais une fois toutes ces précautions prises, toutes les formalités remplies, l'acte est tout à fait valable et l'esprit de défaveur ne doit plus le poursuivre encore, pour les détruire. On craignait que l'homme ne pût devenir dupe si on lui avait laissé toute liberté de faire des donations sans exiger une liberté quelconque, et c'est pour cela qu'on défavorisait les dispositions gratuites remplies sans aucune formalité, C'est dans ce sens que nous comprenons l'idée de défaveur du législateur pour les actes gratuits, pas autrement.

Les exigences de la loi remplies, la défaveur n'a plus rien à chercher. On voit donc que nous écartons aussi cet argument en ne le trouvant pas assez fondé. Maintenant, passons aux arguments — ils ne sont pas multiples — qui viennent étayer notre opinion avec beaucoup de force. Et d'abord, évitons une objection. Nous parlons seulement des testaments, et nous ne nous occupons pas des donations, c'est parce que la solution souffre une exception en matière de testament et il s'agit de justifier ou non cette exception. Nous avons considéré comme en dehors de toute controverse l'application de la solution de l'article 1008 aux donations, car on a vu comment la solu-

tion du Code Napoléon, le seul Code qui assimile les donations aux testaments, ne peut être imité par aucun autre législateur, les motifs politiques n'existant pas chez un autre peuple.

Une considération nous oblige à revenir sur les donations, c'est que M. Stefanescu, dans son article, s'efforce, effort très louable, mais très facile, d'assimiler les donations aux conventions. Nous avons voulu éviter l'objection très naturelle de dire pourquoi étudier seulement une partie de la question et non la question entière. On l'a vu, c'est parce que cette partie est la partie principale. Un premier argument c'est que, à défaut d'un article spécial pour le testament, nous devons appliquer le droit commun qui est compris dans l'article 1008 du Code civil roumain. Nous avons eu l'occasion en exposant la théorie antérieure que, contrairement à l'opinion de Degré, l'article 1008 n'est pas une disposition exceptionnelle, et nous avons fait appel à notre étude antérieure pour montrer que l'article 1008 représente une solution qui doit constituer le droit commun, maintenant c'est le moment d'y revenir et avec peu de détails. On dit d'une disposition législative qu'elle représente le droit commun lorsqu'elle est conforme aux principes généraux du droit privé. Dans l'ensemble des dispositions législatives, on parle souvent du droit commun dans les relations du droit civil avec le droit commercial. On rencontre dans le droit commercial des exceptions au droit commun et des dispositions conformes à ce droit, en confondant par droit commun le

droit civil. C'est une acception très employée de la notion « droit commun ». A côté de cette acception il y en a une autre qui s'applique dans une seule législation, dans le rapport de dispositions comprises dans un Code, avec les principes gouvernant le droit. Nous ne nous proposons pas de faire une étude sur les principes généraux du droit et sur ceux qui sont conformes ou non à ces principes, mais nous donnerons un exemple en dehors de notre question, et ensuite dans la question même pour être compris. Un principe général dans le droit moderne c'est l'existence d'un acte juridique par la simple convention des parties. Ce principe est traduit dans le Code et forme le droit commun. Donc toutes les dispositions conformes à ce principe seront des dispositions conformes au droit commun. Des considérations sur la valeur desquelles nous n'insistons pas ont déterminé des dérogations à ce principe. En d'autres termes, ces considérations ont imposé à quelques actes de n'avoir pas une existence par le simple échange de volonté des parties et de remplir certaines formalités pour obtenir quelques existences. Ainsi les hypothèques, les donations, les testaments, etc., etc. La question que nous nous posons est de voir si la disposition de l'article 1008 du Code civil est une disposition correspondant à un principe général, donc si cette disposition est une disposition de droit commun. Si elle en était une, elle s'appliquerait alors dans le droit civil entier de notre pays, mais si d'autres textes qui posent des dispositions contraires au droit commun existent, l'article 1008 sera

écarté. Recherchons d'abord l'esprit du Code et ensuite rapportons-nous à notre travail antérieur. L'article 1008 dispose que la convention faite sous une condition impossible, illicite ou immorale, doit être considérée comme nulle en entier. Le Code, dans différents articles, laisse paraître cette tendance à annuler les actes faits contre la loi et contre la morale. D'abord l'article 5 (V. art. 6 du C. civ.) avec lequel l'article 1008 est en étroite liaison pose le principe général d'écarter toutes ces sortes de dispositions et partout dans le Code on tient compte de ce principe. On parle des nullités des actes faits sous une cause illicite par exemple, etc.

Nous pouvons tirer sans hésitation la conclusion qu'il y a un principe général d'après lequel on ne peut pas faire des actes contraires aux lois et à la morale, et que l'article 1008 étant conforme à ce principe représente le droit commun applicable partout. Nous pourrions nous contenter de cette économie du Code et en tirer une conclusion favorable pour nous, mais il n'en est pas encore temps, il y a encore une considération à relever pour donner toute la force à cet argument. Jusqu'ici nous avons établi que l'article 1008 contient le droit commun relatif à notre problème. C'est l'occasion de dire que la solution de l'article 1008 représente le droit commun de tous les temps, de tous les lieux. Il nous faut maintenant rappeler la conclusion à laquelle nous sommes arrivé dans le droit comparé et dans l'histoire du droit. Ici l'on voit mieux que partout ailleurs l'importance capitale de ces

deux méthodes. Jamais législateur n'a pensé à éluder ce principe depuis les temps anciens, depuis les Romains. Le principe s'était tout d'un coup imposé aux esprits sages et pratiques des législateurs romains parce que c'était un principe de droit compatible avec toute société civilisée. D'autres principes ont déterminé les Romains à donner une solution exceptionnelle aux testaments. Tant que ces nouveaux principes ont existé ou lorsqu'ils apparaîtront chez un peuple quelconque, cette solution sera acceptable. Le droit n'est pas seulement une science des principes qui doivent être reçus jusque dans les conclusions logiques les plus rigides. Ces principes jaillissent des tendances d'une nation, se soumettent à d'autres tendances et s'accommodent avec les besoins. Ainsi le principe de l'article 1008 que nous avons trouvé en matière de convention s'était accommodé en matière de testament de changer la solution et de garder ce qui était accommodé avec les tendances nouvelles.

Nous avons vu que si les besoins de cet accommodement ont disparu, la solution donnée aux testaments est devenue insoutenable. Le droit intermédiaire français guidé par d'autres considérations établit une nouvelle solution, mais sans éluder le principe général. Les actes sous conditions illicite et immorale outre les donations et testaments sont nuls en tout. On a accommodé de nouveau ce principe général avec d'autres besoins, comme en droit romain, mais on a vu que cet accommodement qui nécessitait une situation exceptionnelle n'avait pas de sens dans une

autre législation. Dans un pays où les considérations politiques de droit intermédiaire n'existent pas, le principe de l'article 1008 se renforce, il est gardé dans toutes les législations actuelles et l'accommodement est de plus en plus fragile. L'histoire du droit et la législation comparée relatives à la question qui nous intéresse prouvent donc deux choses. La première que la disposition de l'article 1008 constitue le droit commun. Toutes les législations anciennes ou modernes l'ont admis. Donc, la peine que se donnent quelques auteurs pour prouver que l'article 1008 est une disposition exceptionnelle et que par conséquent de stricte interprétation est sans résultats, l'expérience juridique des peuples prouve le contraire. La seconde conclusion est qu'admettre la solution romaine dans le droit moderne est irrationnel. S'il existe un texte positif il faut sans doute nous soumettre, s'il n'en existe pas, comme dans notre législation, il faut étendre la solution de l'article 1008 au testament car dans cet article on trouve le droit commun, nous l'avons prouvé. On voit que ce premier argument tiré des principes du droit privé roumain et de l'expérience des peuples nous donne seul la possibilité de considérer notre opinion comme exacte et fondée sur un raisonnement ayant une grande valeur objective. Nous relatons maintenant un second argument tout aussi important et qui, comme le premier, se suffit à lui-même, c'est-à-dire un argument parfait. On dit que l'acte émané d'un homme est l'expression d'une volonté unique qui forme un tout indivisible, que cette volonté

doit être exécutée en entier, car en la divisant on fausse cette volonté, on la transforme et on n'a pas le droit de la fausser. Nous sommes ici devant un principe de droit qui décide que l'homme est libre de prendre une décision en matière juridique et que cette décision doit être exécutée avec une seule restriction que cette volonté soit exécutable. Or, la volonté de l'homme a trois bornes, la loi, la morale et l'impossibilité.

Si la volonté est en contradiction avec ces trois limites elle ne doit pas être exécutée, elle ne peut lorsqu'il y a impossibilité. La conclusion donc est que l'acte entaché d'une condition impossible, illicite ou immorale exprimant une volonté qui ne peut pas être exécutée, ne doit pas prendre une réalité juridique. L'argument a une force irrésistible, il contient en lui la raison de l'existence du principe de l'article 1008, il contient en lui la raison du droit commun qui doit s'appliquer partout où la volonté décide de faire quelque chose. Une donation, un testament sous une condition mauvaise tombent entièrement et sans hésitation sous le coup de ce principe capital. Les adversaires de notre opinion ont voulu établir un principe tout à faire contraire. Ils disaient que dans un acte à titre gratuit l'intention libérale constitue la volonté principale de l'homme tandis que la condition exprime une volonté accessoire. Si cette condition est mauvaise elle peut tomber sans vicier la volonté principale. Ainsi l'on explique la solution des testaments et on valide la solution des conventions en disant que cette intention libérale n'existe

pas pour en former la partie principale, et que la condition posée exprime en même temps que la disposition principale la volonté de l'homme. Singulière théorie de la volonté. Ou bien il nous convient de faire la division, ou bien nous soutenons son unité. Si les principes de droit peuvent être accommodés d'après les besoins, la volonté qui est un fait réel, qui est une vérité psychologique ne peut pas s'accommoder d'après le désir d'un auteur pour lui venir en aide à prouver sa théorie.

On n'a pas à distinguer deux volontés : une volonté juridique qui se divise et une autre qui ne se divise pas, la volonté est unique. Exprimée, elle doit prendre une forme juridique, sinon elle tombe en entier. Cet argument reposant sur un fractionnement de la volonté de l'homme dans un acte gratuit même, il est vrai, ne peut servir qu'aux auteurs qui assimilent la donation aux testaments, car tous les deux sont actes gratuits. Du moment que nous voulons l'appliquer seulement aux testaments, il ne prouve rien en prouvant trop. D'ailleurs les adversaires de notre théorie ont senti la faiblesse de leur argument et ils en ont imaginé un autre qui n'est pas juridique mais qui est une simple considération de fait. Nous l'avons exposé déjà en développant leur théorie, nous n'y revenons maintenant que pour le mentionner. Nos adversaires soutiennent que le légataire n'est pas coupable de ce que le testateur a décidé et qu'il ne doit pas en supporter les conséquences, au fond il y a une intention libérale et elle suffit pour justifier le droit du légataire à prendre

la chose léguée. Au contraire, le donataire était présent et il pouvait très bien comprendre l'acte. On voit très bien que l'argument de la division de la volonté pour leur servir doit être lui-même accommodé. Ce n'est pas l'argument qui conduit à la solution, c'est la solution qui conduit à l'argument.

On voit donc très bien que ce second argument d'après lequel nous considérons la solution de l'article 1008 comme le droit commun s'impose et a la même force que le premier, suffisant à prouver tout seul notre opinion. En troisième et dernier lieu nous trouvons un argument du texte en notre faveur. C'est la rédaction un peu différente de l'article 5 du Code Roumain correspond à l'article 6 du Code Napoléon dont nous en avons déjà un peu parlé. Mais nous n'avons pas insisté, maintenant il est temps d'en parler davantage. On a vu que notre question n'est pas une question isolée, qu'elle fait partie d'un ensemble de dispositions. L'article 5 en droit roumain, comme en droit français l'article 6 correspondant, prouve un principe général sur lequel se fondent beaucoup d'autres dispositions de notre Code, et l'article 1008, solution admise par nous en matière de testaments. Nous citons ici le texte du Code roumain. « Non seulement par des conventions, mais aussi par des *dispositions particulières*, on ne peut déroger aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs. » On remarque très bien que l'article 5 du Code roumain quoique traduit de l'article 6 du Code français a ajouté quelque chose. Nous ne

recherchons pas si notre législateur a introduit cette modification volontairement ou non, parce que nous n'aurions d'argument ni pour ni contre, une discussion préalable n'existant pas pour la rédaction du Code, mais si cette modification existe, il faut la garder telle qu'elle est. On voit que le Code roumain ne se contente pas de poser un principe seulement en matière de convention et que dans ce titre préliminaire il pose un principe tout à fait général. A ce point de vue nous nous permettons de critiquer l'article 6 et de dire que notre législateur, volontairement ou non, a posé des principes généraux dans un chapitre qui ne doit contenir que de pareils principes. Il applique l'article 5 à tout acte en ajoutant les mots « *par dispositions particulières* » et il a accentué cette modification car il commence le texte « non seulement... » il attire l'attention de l'interprète sur ce point qu'il y a, outre les conventions, d'autres actes soumis au même principe. Et comme par dispositions particulières nous devons entendre les donations et les testaments, nous appliquons le principe de l'article 5 du Code civil roumain en cette matière. Chaque fois que nous rencontrerons une disposition de la même famille que celle de l'article 5 nous appliquerons le principe général de la nullité de l'acte.

Par conséquent l'article 1008 du Code civil roumain (art. 1172 du C. civ. français) doit être appliqué avec toute sa force. Nous avons trouvé en faveur de cette opinion une décision de la Cour de Bucarest où nous lisons: « Attendu que la suppression de l'article 900 français devant l'histo-

rique de cet article, devant les innombrables critiques faites par l'unanimité de la doctrine française, et devant la règle admise dans les conventions, cette suppression dans notre loi ne peut pas s'expliquer d'une manière plausible, que dans le sens que notre législateur a voulu abandonner le système français pour admettre le système préconisé par la doctrine et conforme au droit commun qui efface toute différence entre les actes à titre gratuit et ceux à titre onéreux. » (1)

Nous arrêtons ici notre argumentation en pensant que nous avons assez solidement établi notre opinion. Notre argumentation est suffisante, car elle prouve tout ce que nous nous sommes proposé de démontrer, elle est nécessaire car nous avons établi qu'aucune autre solution n'a de sens et ne saurait exister dans notre législation. Nullité des conditions illicites dans les actes gratuits comme dans les actes à titre onéreux, voilà notre dernier mot (2).

---

1. 16 janvier 1892. *Le Droit*, 1892, n° 27.

2. La jurisprudence en faveur de notre opinion est faiblement représentée en comparaison avec la jurisprudence en faveur de l'autre théorie. Tribunal Prahova et Ilfov, *Droit*, 1889, n°s 38 et 82 et le *Droit*, 1876, n° 29. — Tribunal Braïla, *Le Droit*, 1883, n° 59. — Cour d'appel Bucarest. *Le Droit*, 1881, no 59 et 1892, n° 27.

---

## CHAPITRE VI

---

### CONCLUSION

---

*Analyse critique sur l'article 900.* — Par les développements qui précèdent on a pu voir que nous n'approuvons pas théoriquement la solution donnée par le Code Napoléon. Pratiquement, sans doute, nous nous soumettons, car on ne peut pas s'écarter d'une disposition de loi claire et précise comme l'est l'article 900. Tant que nous vivons sous l'empire de cet article, il faut l'appliquer en entier, sauf les restrictions ajoutées par la jurisprudence qui changent la solution dans beaucoup de cas, comme nous l'avons d'ailleurs constaté en acheminant ainsi le problème vers une solution que nous voulons poser en principe comme la seule solution acceptable. Mais comme nous ne nous sommes pas borné à étudier ce problème juridique seulement dans le droit français et que nous nous sommes efforcé de donner la vraie, la seule solution dans le droit moderne, comme d'autre part nous nous sommes

proposé d'étudier cette partie avec quelques détails dans le droit roumain où l'article 900 ni aucun autre analogue n'existe, on va voir que notre opinion n'a pas un simple intérêt théorique, qu'au contraire elle peut et d'après nous elle doit être acceptée par les tribunaux de notre pays.

Nous ne sommes pas le premier à critiquer l'article 900 du Code Napoléon et nous ne croyons pas être le dernier, D'abord la jurisprudence entière qui se basant sur la théorie de la cause pour rendre non valable tout acte sous une condition mauvaise, est une preuve évidente que les esprits juridiques ne s'accommodent pas de la solution du Code Napoléon. Ensuite, dans la doctrine, beaucoup d'auteurs n'admettent pas cette solution et demandent un changement. La vie de l'article 900 est en péril. Nous ne pensons pas qu'il puisse résister sous cette forme lorsqu'une réforme du Code sera demandée par des besoins plus sérieux et comme il est permis dans un ouvrage d'exprimer des desiderata, nous émettons le vœu que cet article soit tout à fait retranché du Code et que l'article 1172 soit appliqué aux actes à titre gratuit comme il s'applique aux actes à titre onéreux. Les auteurs qui critiquent l'article 900 émettent l'avis d'une réforme partielle, en trouvant dans quelque cas un intérêt assez grand pour conserver notre article. Dans tout ce qui précède et dans ce que nous dirons maintenant, on verra que notre intention n'est pas de nous laisser ainsi arrêter en chemin.

Non content d'une réforme partielle nous la demanderons

totale. Pas de distinction entre les actes onéreux et les actes gratuits. Tout acte, sans exception, doit succomber s'il est soumis à une condition mauvaise, voilà notre opinion, voilà ce que nous demanderons à une réforme du Code. Notre problème a eu plusieurs solutions, d'abord la solution romaine dans laquelle les donations ont été assimilées aux conventions quant aux effets, et où seuls les testaments sous condition mauvaise restaient valables, la condition s'annulant. Ensuite la solution donnée par le droit intermédiaire et gardée par le Code Napoléon d'après laquelle les donations sont assimilées aux testaments quant aux effets. A côté de celle-ci il y en a eu une troisième moins répandue, surtout dans le droit actuel, qui est malgré tout, à notre avis, la meilleure. Essayons de procéder systématiquement, en écartant la solution qui ne nous satisfait pas pour arriver à la meilleure, la plus en accord avec les principes de droit. Est-ce que la solution romaine pourrait encore être acceptée dans le droit moderne ? Nous avons grand'peine à écarter cette solution car elle est très répandue partout. L'étude comparative des législations nous a montré que beaucoup de lois des pays étrangers gardent la solution romaine, ce qui au premier abord sert d'argument à ceux qui la soutiennent encore. Ils diront toujours aux adversaires de leur opinion, à nous en même temps, qu'il est inutile de renverser une solution de droit admis par tant de législations ; cette généralité prouve que les besoins et la sagesse des peuples ont trouvé nécessaire une pareille solution. Ces auteurs ont raison de dire qu'ils

ont pour eux le nombre, mais ils se trompent lorsqu'ils veulent dire que c'est aussi le besoin et la sagesse qui ont imposé cette solution. Cette considération ne nous a pas effrayé, car si on pénètre avec plus de perspicacité le problème dans le droit moderne, on voit que ce ne sont pas des besoins, ni de la sagesse qu'elle découle. D'où résulte-t-elle donc? La réponse est simple : son origine est traditionnelle. Le progrès, dans tous les développements intellectuels de l'homme s'effectue par une continuelle évolution, par un changement. Il n'y a pas un danger plus redoutable pour cette évolution que la tradition. Celle-ci tend à tenir l'intelligence de l'homme enfermée dans un moule. Tout progrès s'est fait par une guerre déclarée à la tradition. La tradition vaincue, l'intelligence de l'homme s'affranchit et tend vers un développement plus grand, ce qui est la réalisation du progrès. C'est sur l'influence de cette tradition que la solution romaine s'est conservée à travers les siècles et s'impose dans notre temps encore. Les législations modernes, au lieu d'accommoder la solution de notre problème aux besoins actuels, aux principes actuels du droit, veulent accommoder les besoins et les principes à une solution ancienne, faite pour d'autres temps, d'autres mœurs. Le procédé est vicieux et dangereux en même temps, il est le procédé inverse du procédé qui doit être employé en droit. On voit donc que la solution romaine vit par la tradition.

Il nous reste à montrer encore que la solution que nous avons mentionnée ne correspond plus à nos mœurs. On a

pu voir, lorsque nous avons étudié la question en droit romain et lorsque nous avons cherché un fondement à cette solution, que nous sommes arrivé à cette constatation qu'on ne peut lui trouver qu'un seul fondement. Nous laisserons de côté ceux que nous avons précédemment écartés pour voir si ce fondement que nous croyons seul exact à cette époque peut l'être encore dans le droit moderne.

Les Romains avaient organisé un régime de faveur pour le testament.

Ils désiraient assurer les *sacra privata*, leur crainte étant de mourir sans un continuateur qui pût prendre la charge du culte privé, la chose la plus importante dans les premiers temps. Cette peur, ce soin des *sacra privata* n'existent plus dans le droit moderne, pour conserver un régime de faveur pour les testaments il fallait trouver un autre motif. Si nous ne l'avons pas trouvé jusqu'à présent, et nous ne l'avons pas trouvé, il n'y a pas lieu d'espérer le trouver. Par suite, les législations qui l'ont conservé ont eu tort. La survivance d'une solution ancienne qui se base sur des motifs qui n'existent plus ne saurait que disparaître. Il n'y a à lutter que contre la tradition qui impose des institutions et des solutions vieilles. Passons maintenant à une autre solution, celle admise par le Code Napoléon article 900, c'est-à-dire à l'assimilation quant aux effets entre les donations et les testaments entachés d'une condition mauvaise. Les conventions sont (1172) nulles en entier, les donations et les testaments validés et

les conditions écartées, voilà l'état de cette nouvelle solution. Comme la première, elle ne peut pas rester debout. Elle est non acceptable, de même que la solution romaine, parce que le motif n'existe plus, et qu'il n'est pas admissible de créer une assimilation entre donations et testaments. Parlons du motif. Nous avons montré dans un paragraphe spécial le motif de l'article 900, et on a pu voir que le même motif qui a fait naître la loi de 1791 a produit l'article 900. C'est toujours la crainte de voir par un procédé indirect réparaître les vieilles formes de la société. Si l'on frappe l'acte entier de nullité, alors les particuliers pourraient réaliser la condition et rendre ainsi l'acte valable, chose dangereuse, car justement la condition ne devrait pas se réaliser. Le motif est assez juste, mais on voit très bien qu'il a été cherché à une époque de transition et d'incertitude, on voit que le législateur craignait exagérément la puissance des particuliers qui, en réalité, n'est pas si grande. Mais admettons que ce motif soit exact, est-il permis encore d'en faire la base d'une solution ? Ni dans le droit français actuel, ni dans les autres pays on ne se trouve en présence d'une situation semblable à celle de l'époque révolutionnaire. Les causes politiques n'existant pas, rien ne peut nous conduire à la solution de l'article 900. Nous admettons que le motif politique a une certaine valeur, mais nous ne croyons pas qu'il puisse encore être accepté actuellement. Nous réfuterons l'argument tiré de ce motif lorsque nous parlerons de l'opinion à laquelle

nous nous rangeons pour le moment, retenons seulement que les motifs politiques faisant défaut, l'article 900 ne peut pas être admis dans le droit moderne. La solution française pêche encore d'un autre côté, en assimilant les donations aux testaments. Cette assimilation est arbitraire, car quoique les donations et les testaments soient des actes à titre gratuit, les donations se rapprochent cependant beaucoup des conventions.

La grande ressemblance qu'on trouve entre donations et testaments si on les compare de loin s'efface lorsqu'on les envisage de près. Les donations alors se rapprochent plutôt des conventions que des testaments. Ainsi au point de vue juridique la donation est un contrat. En effet il y a un échange des volontés sans lequel l'acte ne peut pas se réaliser. Les testaments, au contraire, sont de simples actes, expression d'une seule volonté, produisant effet non au moment où la disposition naît, mais après la mort. On pourrait, donc si on avait pour le faire des motifs sérieux, leur appliquer d'autres solutions. Nous ne pouvons pas admettre comme juridiquement exacte cette assimilation, par suite même si le motif énoncé plus haut était juste, cette nouvelle critique nous amènerait à écarter la forme de la solution française en rattachant les donations aux contrats ; mais en le faisant nous reprendrions la solution romaine qui, nous l'avons vu, ne peut plus être acceptée. Il reste une troisième solution, la seule acceptable à notre avis. Il s'agit de la solution qui ne fait aucune distinction entre les actes gratuits et les actes à

titre onéreux. La solution donnée par les actes onéreux constitue un principe d'une application générale, qui ne peut pas être éludé que si des motifs sérieux surviennent et on a vu que nous ne trouvons aucun motif, donc la complète nullité des conventions soumises à une condition mauvaise s'impose pour les testaments et pour les donations. Tous les moyens employés jusqu'à présent nous ont conduit à cette forme de la solution du problème. Nous ne revenons plus sur les conclusions antérieures qui nous ont imposé cette solution, mais nous avons encore à établir un point : c'est que d'après les principes du droit notre solution est la seule admissible. Un acte, quelque complexe qu'il soit, est toujours l'expression d'une volonté ou de plusieurs. Il doit être pris dans son ensemble. Qu'il soit contrat ou qu'il soit donation ou testament, le créateur ou les créateurs de l'acte veulent qu'il se réalise entièrement, sans restriction : ou bien le tout ou bien rien, disent-ils.

Un acte gratuit soumis à une condition impossible, illicite et immorale, constitue dans son ensemble l'expression d'une volonté unique, comme nous avons eu l'occasion de le montrer plusieurs fois jusqu'à présent, la volonté étant unique, elle doit recevoir une exécution totale. En matière de droit seulement des forts besoins sociaux peuvent méconnaître un principe si juste que le respect de la volonté du disposant. On a vu qu'aucun besoin de cette nature n'existe plus. Nous avons écarté dernièrement les

besoins et les motifs qui ont déterminé les législateurs du droit intermédiaire à faire la loi de 1791, les besoins parce qu'ils n'existent plus, le motif parce qu'il n'est pas le seul efficace. On dit que si on annule l'acte en entier, le bénéficiaire aurait réalisé la condition pour en profiter, tandis qu'en validant la disposition gratuite il n'y a pas de danger pour que la condition mauvaise se réalise. D'abord ce n'est pas un motif propre aux actes gratuits, car le même raisonnement pourrait être fait pour les conventions. Les conventions sont un échange d'obligations, en réalité les parties tirent un profit de tout contrat, et par suite pour ne pas perdre ce profit, celle des parties à laquelle on impose une condition mauvaise voudrait la réaliser. En second lieu ce motif n'est pas le seul efficace. On ne peut pas dire que si on annule une donation ou un testament sous une condition mauvaise ces conditions seront réalisées et que la société sera plongée dans l'immoralité et l'illicite. Non, car même lorsque la condition est réalisée l'acte tombe toujours et on n'a aucun intérêt à faire un acte blâmable et peut-être punissable si on ne peut pas en profiter. Dira-t-on qu'on peut exécuter la condition et qu'ensuite l'acte peut recevoir une validité entre les parties sans qu'on s'aperçoive que la condition soit mauvaise ? Oui, si les choses se passent en cachette, mais autrement, non. Et les choses ne se passent pas en cachette, car les faits illicites ou impossibles juridiquement se découvrent. Les faits impossibles physiquement ne peuvent jamais se réaliser. Si les faits mauvais sont

toujours connus et si on a la conviction que même en réalisant ces faits l'acte restera nul, on voit très bien qu'on ne s'exposera pas à faire quelque chose pour n'en tirer aucun profit.

Aucune raison ne justifie la solution donnée par l'article 900 du Code Napoléon, donc elle n'est pas bonne, elle peut disparaître pour donner place à une solution plus conforme aux principes généraux du droit et à la raison et qui est celle que nous adoptons et qui consiste à appliquer la solution donnée aux actes à titre onéreux, à tout acte gratuit. C'est à cette solution que doivent tendre une nouvelle rédaction de l'article 900 et la jurisprudence de notre pays.

---

Vu : le Président de la thèse,

WAHL

Vu : le Doyen,  
CAUWÈS

Vu et permis d'imprimer  
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris

L. LIARD

## TABLE DES MATIÈRES

---

|                                                                               | Pages |
|-------------------------------------------------------------------------------|-------|
| INTRODUCTION. — Critérium de juger une question de droit.                     |       |
| — Méthodes d'interprétation.....                                              | 5     |
| CHAPITRE PREMIER. — L'énoncé du problème juridique.....                       | 17    |
| I. — Définition des trois notions, condition, <i>modus</i> , charge.....      | 22    |
| II. — Détermination de la nature de la condition.....                         | 31    |
| 1 <sup>o</sup> Impossible.....                                                | 31    |
| 2 <sup>o</sup> Illicite.....                                                  | 40    |
| 3 <sup>o</sup> Immorale.....                                                  | 49    |
| CHAPITRE II. — Introduction à la méthode historique.....                      | 59    |
| I. — Etude du problème dans le droit romain.....                              | 61    |
| II. — Etude du problème dans le droit ancien français.                        | 92    |
| III. — Etude du problème dans le droit intermédiaire..                        | 103   |
| IV. — Etude du problème dans le Code Calimah et le Code Caragea .....         | 111   |
| CHAPITRE III. — Introduction à la méthode de droit comparé.....               | 117   |
| I. — Etude du problème dans la législation anglaise et celles similaires..... | 119   |
| II. — Etude du problème dans la législation russe.....                        | 124   |
| III. — Etude du problème dans la Législation allemande .....                  | 128   |
| CHAPITRE IV. — Etude du problème dans le droit moderne français.....          | 135   |

|                                                                                                                                                                                                                                      |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. — Détermination de la nature de l'article 900.....                                                                                                                                                                                | 137 |
| II. — Origine de l'article 900.....                                                                                                                                                                                                  | 141 |
| III. — Limitation de l'article 900 par :                                                                                                                                                                                             |     |
| 1° L'article 901.....                                                                                                                                                                                                                | 150 |
| 2° La théorie de la cause impulsive de la jurisprudence.                                                                                                                                                                             | 151 |
| 3° Par la théorie de l'erreur.....                                                                                                                                                                                                   | 166 |
| CHAPITRE V. — Etude du problème dans le droit roumain...                                                                                                                                                                             | 169 |
| I. — Exposé et critique de la solution romaine et de la<br>solution par laquelle on sanctionne de la même<br>manière les actes gratuits comme les conventions<br>entachées d'une condition impossible, illicite, ou<br>immorale..... | 172 |
| CHAPITRE VI. — Conclusion. — Analyse critique de l'article 900.                                                                                                                                                                      | 201 |



